



A LEI APLICÁVEL AO PROCESSO DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Dissertação de Mestrado

2014

Orientadora: Professora Doutora Mariana França Gouveia

Sofia Ferreira Nogueira Leite

(001528)

Agradecimentos

Não obstante a natureza solitária, que caracteriza os trabalhos académicos na área do Direito, o presente trabalho contou com a colaboração de várias pessoas, às quais me cumpre prestar um sentido agradecimento.

Em primeiro lugar, aos meus pais, pelo apoio incondicional em todas as fases da minha vida e particularmente na elaboração da dissertação.

À minha orientadora, Professora Doutora Mariana França Gouveia, por ter aceite esse encargo e pela oportunidade de usufruir do seu permanente apoio bem como da sua elevada experiência, conhecimento e paciência com que me acompanhou com amizade.

Ao Professor Hesse e à sua equipa do Max PlanckInstitut, no Luxemburgo, por me terem recebido, com excelente hospitalidade, na biblioteca e nas atividades do Centro, proporcionando consideráveis recursos e motivos de debate académico.

Ao Dr. José Miguel Júdice, pela disponibilidade com que me recebeu e trocou impressões sobre o tema da dissertação, partilhando, com elevada sagacidade, a sua sabedoria e experiência de muitos anos.

Ao meu irmão Tiago, às minhas amigas e amigos, particularmente ao Ricardo, pelo incentivo e compreensão nos momentos mais difíceis.

Agradeço ainda à minha prima Inês pelo livre acesso à Biblioteca do Tribunal de Justiça da União Europeia, e por, com o Manuel, ao Vasco, ao Diniz e ao Duarte, terem sido a minha família de acolhimento durante a fase de investigação no Luxemburgo bem como à Dra. Maria do Céu Ramos, da Associação Comercial de Lisboa e ao Professor Emmanuel Gaillard da Universidade Panthéon-Assas.

Índice

<u>Abreviaturas e siglas</u>	4
<u>Sumário analítico e contagem de caracteres</u>	5
<u>I - Introdução</u>	6
1. <u>A <i>lexarbitri</i></u>	6
2. <u>Exposição do problema</u>	9
3. <u>Conceitos introdutórios</u>	15
Arbitragem internacional	15
A sede da arbitragem	17
<u>II – Exposição e análise das principais posições sobre a <i>lexarbitri</i></u>	20
1. <u>Territorialismo</u>	20
Análise crítica	23
2. <u>Posição cumulativa</u>	32
Análise crítica	38
3. <u>Posição Transnacional</u>	46
Análise crítica	48
<u>III – Resposta às questões colocadas no capítulo I-2</u>	55
A).....	55
B).....	59
C).....	61
<u>IV – Posição adotada e conclusões</u>	66
<u>O conteúdo da <i>lexarbitri</i> segundo a posição territorialista:</u>	73
<u>Bibliografia</u>	77
<u>Declaração antiplágio</u>	84

Abreviaturas e siglas

AAVV – Autores vários

Art. - Artigo

CAC – ACL – Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa

CCI – Câmara do Comércio Internacional

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos dos Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada a 22 de setembro de 1976 e aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

CNI – Convenção assinada em Nova Iorque, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, vigente na ordem internacional desde 7 de junho de 1959, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94

CPC – Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho

CRP – Constituição da República Portuguesa

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro

LAV86 – Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, que antecedeu a Lei da Arbitragem Voluntária atualmente vigente

p. - Página

pp. - Páginas

ss. - Seguintes

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (também designada CNUDCI)

Sumário analítico e contagem de caracteres

O presente trabalho constitui a nossa dissertação de mestrado. É seu objeto o estudo do conteúdo da *lexarbitri*, i.e. da lei aplicável à arbitragem internacional. Segundo a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa e a Lei-Modelo UNCITRAL, as disposições da lei da sede são sempre aplicáveis. As legislações francesa e suíça admitem que tal determinação é realizada pelas partes ou pelos árbitros, remetendo para uma qualquer lei de arbitragem, nacional ou estrangeira. Não se verifica uma tendência uniforme nas legislações de arbitragem nacionais relativamente ao critério para determinar as disposições legais que devem reger a arbitragem internacional. Tradicionalmente, entendia-se que a *lexarbitriseria* a lei aplicável na sede da arbitragem, o que constitui a posição territorialista. Nas leis de arbitragem consultadas, verificou-se que o critério territorialista se mantém predominante. No entanto, surgiram trabalhos doutrinários que questionam este critério e sugerem que a arbitragem internacional deve ser governada por disposições legais diversas, as quais se encontram na lei da sede ou na lei de lugar de reconhecimento ou em outras leis com conexão com o litígio, traduzindo-se na corrente cumulativa. Um terceiro entendimento defende que se verifica uma “ordem jurídica arbitral autónoma”, que rege a arbitragem internacional, independentemente das disposições legais vigentes na lei da sede, consistindo na posição transnacional. Com o presente trabalho pretendemos discutir as três referidas correntes doutrinárias, que constituem os principais entendimentos relativamente ao conteúdo da *lexarbitri*, e apresentaremos a justificação pela qual julgamos que a posição territorialista é a mais adequada à arbitragem internacional, do ponto de vista da adequação às exigências e características próprias da arbitragem; da coerência com os instrumentos reguladores em vigor; e da prossecução da maior utilidade da sentença arbitral.

This paper is the author's Master's Thesis. It aims to study the content of *lexarbitri*, i.e. the relevant law regarding international arbitration. Under both Portuguese law and UNCITRAL model law, the seat's legal provisions shall be applied at all times. Contrarily, French and Swiss legislations allow parties and arbitrators to apply any arbitration law to international arbitration, whether the seat law or a foreign arbitration law. There is not a sole understanding towards the criteria to determine the legal provisions that shall govern international arbitration. Traditionally, the *lexarbitri* would correspond to the arbitration law of the seat of the arbitration. The territorialist criteria remains in force under the majority of arbitration laws that the author has consulted. However, it has been criticized by several authorities in international arbitration, who suggest that the arbitration shall be governed by the law of the seat or of the place in which the award is to be enforcement, whichever better grants its enforcement – the cumulative doctrine; or the arbitration shall be governed by a set of provisions that make up the autonomous transnational legal, regardless of the legal provisions of the law of the seat – the transnational doctrine. The author intends to debate the three mentioned understandings regarding the *lexarbitri* and further explains why the territorialist criteria is the most adequate to the characteristics and demands of international arbitration, to the governing instruments in force and to the need for a useful award.

N.º de caracteres: 187.610

I. INTRODUÇÃO

1. A *lex arbitri*

A arbitragem tem constituído um meio preferencial para a resolução dos litígios do comércio internacional. Embora se refira habitualmente que o processo de arbitragem é um meio alternativo de resolução de litígios, no âmbito da arbitragem internacional surge como o processo adequado e normal à resolução dos litígios do comércio internacional¹, verificando-se um crescimento do número de processos arbitrais nos principais centros institucionalizados de arbitragem internacional, conforme demonstra a tabela²:

Ano	1992	1997	2002	2005	2007	2008	2009	2010
American Arbitration Association (International Centre for Dispute Resolution)	204	320	672	580	621	703	836	888
China International Economic and Trade Arbitration Commission	267	723	684	979	1118	1230	1482	1352
Hong Kong International Arbitration Centre	185	218	320	281	448	602	649	624
International Chamber of Commerce	337	452	593	521	599	663	817	793
Japan Commercial Arbitration Association	5	13	9	11	15	12	17	26
Korean Commercial Arbitration Board	30	51	47	53	59	47	78	52
Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration	4	5	2	6	2	8	7	n/a
London Court of International	21	52	88	118	137	221	272	246

¹ Entre outros, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol II, 2009, p. 556; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 23; Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy*, 1987, p. 293; Guiditta Cordero Moss, *International Commercial Arbitration*, 1999, p. 149; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2012, p. 17.

² Gary Born, *International arbitration: Law and Practice*, 2012, p. 17

Arbitration								
SingaporeInternationalArbitration Centre	7	43	38	45	70	99	150	140
StockolmChamberof Commerce	44	82	55	56	84	176	215	197
Total	1104	1959	2508	2650	3153	3761	4523	4339

Esta situação evolutiva deve-se às vantagens apontadas à arbitragem quando comparada com meios judiciais: maior liberdade das partes e maior controlo do processo, menor formalismo e maior celeridade, possibilidade de escolha dos árbitros, que poderão ser especialistas na matéria em litígio e conhecedores dos interesses das partes. Estas vantagens relacionam-se com as características do processo arbitral voluntário³.

De entre as particularidades que distinguem a arbitragem interna da arbitragem internacional, releva para a distinção que traçamos entre arbitragem internacional e arbitragem interna o facto de a arbitragem ter lugar num espaço internacional, pelo que são levantados problemas quanto à lei de arbitragem que deve ser aplicada.

Neste contexto não nos referimos à lei usada para decidir do mérito da causa, ou seja a lei na qual se funda a decisão do tribunal arbitral sobre a matéria em litígio.

Para este efeito, a LAV contém uma norma de conflitos no seu artigo 52.^{o4}.

Na referida norma é consagrado o princípio da autonomia da vontade, prevalecendo a escolha das partes quanto à lei aplicável. Assim, podem as partes escolher regras de um único ordenamento jurídico para regulação do litígio, podendo também distribuir a disciplina dos diferentes aspetos da relação material controvertida por vários ordenamentos⁵. Na falta de estipulação da lei aplicável ao mérito, o tribunal deve dirimir o conflito aplicando o Direito que tenha a conexão mais estreita com o objeto do litígio.

³ Jean Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2007, p. 483

⁴ É entendimento generalizado de que a mencionada norma contém uma referência material e não meramente formal, Dário Moura Vicente, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 – Anotação ao artigo 52.^o; Maria Helena Brito, “Arbitragem Internacional – A propósito da nova lei de arbitragem voluntária”, 2012, p. 135

⁵ Cf. Dário Moura Vicente, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 – Anotação ao artigo 52.^o

A conjugação de vários ordenamentos jurídicos é admissível em arbitragem internacional - aplicando-se as regras de determinada jurisdição ao mérito e as regras de outra jurisdição ao processo arbitral⁶⁷.

A lei aplicável ao mérito da causa não se confunde com a lei da arbitragem, habitualmente designada por *lexarbitri*.

A primeira traduz-se nas regras de direito que propõem solução ao litígio, enquanto a segunda se refere aos aspetos processuais da arbitragem. No entanto não se verifica a existência de uma definição uniforme deste conceito.

Para esta omissão concorrem duas ordens de razão: as leis nacionais sobre arbitragem são omissas em menções a *lexarbitri*, à exceção das leis francesa e suíça, como indicaremos de seguida. As convenções existentes sobre arbitragem, embora se refiram a “lei de arbitragem”, não lhe oferecem definição⁸.

Com efeito, certos autores têm realizado a distinção entre *lexarbitri* e regras de processo⁹. Segundo a referida distinção, a *lexarbitri* cobre matérias como a validade e os efeitos da convenção de arbitragem, as funções do árbitro, a constituição do tribunal arbitral, as regras processuais imperativas, os fundamentos da ação de anulação e os requisitos de reconhecimento de sentenças estrangeiras. Por seu lado, as regras de processo constituem o conjunto de regras aplicáveis que visam agilizar o processo arbitral, facilitando as decisões dos árbitros quanto a matéria de processo. Distinguem-se da *lexarbitri*, pois referem-se a matérias que se mantêm na disposição das partes, podendo ser por estas derogadas, por estipulação contratual que as regule diretamente ou que remeta para Regulamento de Arbitragem.

⁶⁷Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - Determinação do Estatuto de Arbitragem*, 2005, p. 34 Emmanuel Goldman, Berthold Goldman e John Savage, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 534

⁷ Segundo Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1313, “trata-se de uma aplicação do princípio do *dépeçage* à arbitragem internacional, de acordo com o qual ela pode ser regida por leis diferentes.” No mesmo sentido pronunciam-se Redfern and Hunter on *International Arbitration – Student Version*, 2009, capítulos 2 e 3 e, entre nós, Manuel Botelho da Silva, *A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, 2004, *passim*.

⁸ É o caso do artigo V(1) e) da Convenção de Nova Iorque “O reconhecimento e a execução da sentença só serão recusados, a pedido da Parte contra a qual for invocada, se esta Parte fornecer à autoridade competente do país em que o reconhecimento e a execução foram pedidos a prova de que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país (...) segundo a lei do qual a sentença foi proferida.”

⁹ Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1998, p.499

Para efeitos da presente dissertação, não adotámos a referida distinção, na medida em que atualmente se verifica a tendência de normas dos regulamentos das Câmaras de Arbitragem cobrirem matérias que tradicionalmente se mantinham na disponibilidade das partes, bem como outras matérias que compõem a *lexarbitri*. Designadamente, o Regulamento de Arbitragem CAC- ACL contém disposições aplicáveis à constituição do tribunal, as quais não são contudentes com as correspondentes disposições da lei da sede, conforme aprofundaremos ao longo da dissertação. Ou seja, matérias tradicionalmente imperativas são hoje passíveis de serem derogadas pelas partes, através da remissão da arbitragem para um centro de arbitragem institucional e/ou para as regras do mesmo. Assim, a distinção entre *lexarbitri* e regras de processo não tem cabimento face à realidade da arbitragem internacional. *Lexarbitri* é o conceito que descreve a totalidade das disposições legais aplicáveis ao conjunto de matérias com relevância processual, na qual os árbitros baseiam as suas decisões sobre a condução da arbitragem, na falta de estipulação das partes ou na presença desta.

Igualmente, o preenchimento da referida lei tem sido controverso. Não havendo unanimidade quanto à definição do conceito de *lexarbitri*, o mesmo se verifica quanto ao seu conteúdo¹⁰, o que resulta em incertezas quanto à lei que deve ser aplicada na arbitragem internacional.

2. Exposição do problema:

Conforme nota GIORGIOSPETROCHILOS¹¹, “Geralmente, os tribunais arbitrais evitam pronunciar-se sobre a lei de arbitragem aplicável, só o fazendo quando haja necessidade de resolver uma questão processual específica.”

Nos trabalhos doutrinários sobre arbitragem internacional, o preenchimento do conteúdo da *lexarbitri* é realizado de forma não uniforme entre as normas constantes do

¹⁰Vide Francis A. Mann, Roy Goode, Redfern e Hunter, Jan Paulsson, Jean Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Gary Born, Jean Poudret e Sébastien Besson.

¹¹GiorgiosPetrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, p. 203: "Arbitral tribunals will usually avoid making general pronouncements on either the *lexarbitri* or the procedural law applicable, unless they are required to do so to resolve a specific question that arises in the proceedings."

processo civil e da lei de arbitragem da sede, normas constantes de lei de arbitragem estrangeira ou normas constantes em convenções internacionais sobre arbitragem¹².

A maioria dos autores mantém o entendimento de que a lei da arbitragem deverá ser a que vigora no Estado da sede.

Para alguma jurisprudência¹³, a definição das regras processuais pode ser assumida diretamente pelas partes ou por remissão para complexos normativos de qualquer natureza (leis de arbitragem estrangeiras ou regulamentos de câmaras de arbitragem), o que retira a aptidão exclusiva da sede para a definição das mesmas.

Contudo, não é pacífico se, na falta de acordo das partes na definição da lei de arbitragem, o tribunal poderá, no âmbito dos seus poderes de gestão processual, determinar uma lei diferente da lei da sede para definir os aspetos processuais do litígio. Esta possibilidade verifica-se no artigo 1509.º do Novo Código do Processo Civil francês¹⁴ e no artigo 182.º da Lei de Arbitragem Internacional suíça:

Article 1509¹⁵

A convenção de arbitragem pode, diretamente ou por referência a um regulamento de arbitragem ou a regras de processo, reger o processo arbitral que será seguido na arbitragem.

Na falta de acordo, o tribunal arbitral determina o processo, na medida do necessário, seja diretamente, seja por referência a um regulamento de arbitragem ou a regras de processo.

Article 1510

Sem prejuízo do processo designado, o tribunal arbitral garante a igualdade de tratamento das partes e o respetivo princípio.

¹² As referidas possibilidades serão abordadas na presente dissertação, sob a designação de posição territorialista, cumulativa e transnacional, respetivamente.

¹³ Acórdão da Relação de Lisboa, de 24 de Janeiro de 1995, in Coletânea de Jurisprudência, tomo I, 1995, p. 98: “nada impede que em Portugal funcione uma arbitragem segundo regras processuais estrangeiras”

¹⁴ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>

¹⁵ Na versão original: “La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.”

Art. 182 - VI. Processo arbitral¹⁶

1 As partes podem, diretamente ou por referência a regulamento arbitral, determinar a condução da arbitragem; Podem também submeter a arbitragem a uma lei de arbitragem da sua escolha.

2 Se as partes não determinaram as regras de arbitragem a aplicar, o tribunal deverá designá-las, na medida no necessário, seja diretamente ou por referência a uma lei de arbitragem ou a um regulamento arbitral.

3 Sem prejuízo do processo designado, o tribunal arbitral deverá assegurar que as partes são tratadas em condições de igualdade e que detêm direito a ser ouvidas, num processo contraditório.

No ordenamento jurídico português, bem como nos ordenamentos em que vigora o modelo semi-dualista, com inspiração UNCITRAL, verifica-se ampla autonomia das partes para conformarem diretamente o processo, quer na arbitragem interna, quer na arbitragem internacional. Fica por esclarecer se os raros limites impostos à autonomia privada também devem ser tidos em conta na arbitragem internacional, ou se esses limites não se compadecem com as particularidades desta, verificando-se necessidade de adaptação daquelas disposições, conforme sugerido pelo artigo 49.º LAV.

É a esta questão que pretendemos oferecer resposta, definindo qual é afinal o conteúdo da *lex arbitri*.

O entendimento que vier a ser adotado quanto ao problema colocado influenciará a resposta a questões que podem ser suscitadas no âmbito do processo, tais como:

- A. Pode o tribunal arbitral sediado em Portugal decidir sobre a recusa do árbitro presidente, sobre o qual o demandado suscite um incidente de recusa com fundamento no facto de o árbitro ser mulher, facto esse que obsta à execução da decisão arbitral proferida por aquele tribunal num potencial lugar de execução?

¹⁶ Na versão francesa original: “Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix. Si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage. Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire.”

B. Pode o tribunal admitir prova testemunhal *de ouvir dizer* quando a lei da sede da arbitragem o proíbe¹⁷?

C. Pode um centro de arbitragem aceitar um acordo das partes no sentido de o tribunal arbitral ser constituído por quatro árbitros?

Como demonstraremos, alguns autores têm defendido que a *lexarbitri* corresponde às disposições da lei de arbitragem da sede. Assim sendo, a *lexarbitri* é idêntica à figura da *lexlociarbitri*, i.e., a lei do lugar da arbitragem. Na exposição de tal perspetiva e na sua análise crítica, atribuímos-lhe a designação de "territorialismo" ou "posição territorialista".

Outros autores entendem que a *lexarbitri* deverá compreender mais do que a lei de arbitragem da sede. Neste sentido, às disposições da lei da sede, acrescem as disposições da lei do lugar do reconhecimento, sendo do conjunto de ambas que os árbitros retiram o modo segundo o qual devem conduzir arbitragem. Esta posição será designada por "posição cumulativa" nas referências que efetuarmos à mesma ao longo da dissertação.

Numa terceira perspetiva, é defendido que, em arbitragem internacional, a *lexarbitri* se distingue da lei que governa a arbitragem interna, na medida em que, num contexto internacional, os árbitros bastam-se com as disposições constantes nas principais convenções internacionais sobre arbitragem, designadamente com a Convenção de Nova Iorque. Na exposição e análise desta perspetiva, a mesma será denominada "transnacionalismo".

Pretendemos oferecer uma resposta que seja adequada do ponto de vista das características da arbitragem, enquanto meio privado, de origem contratual, da resolução de litígios, do ponto de vista das fontes normativas existentes e do ponto de vista das necessidades próprias da arbitragem internacional.

É no âmbito da arbitragem internacional, quando é necessário que o tribunal decida sobre matéria processual, que é suscitada a questão da lei aplicável à arbitragem. Esta questão reveste-se de delicadeza, na medida em que na arbitragem internacional as

¹⁷ Questão colocada na decisão interlocutória CCI de 23/11/2004.

fontes de resolução de questões processuais multiplicam-se. As partes contrapõem argumentos processuais, fundados em elementos reguladores de natureza diversa, como a lei da sede, outras leis nacionais, ou regulamentos de arbitragem.

Num processo que reúne pretensões contrárias das partes¹⁸, os diferentes entendimentos sobre a condução do processo pelo tribunal são colocados em destaque, em particular quanto à lei a aplicar nos aspetos processuais da arbitragem. As discordâncias quanto a esta matéria surgem quer no contexto de manobras dilatórias por parte do demandado¹⁹, quer em virtude da sensibilidade jurídica das partes e do que para elas representa um processo equitativo²⁰.

Foi já discutido em arbitragens internacionais²¹ até que ponto a lei da sede da arbitragem tem aplicação nas arbitragens internacionais, particularmente quando a lei da sede aplicável às arbitragens não contém disposições específicas para a arbitragem internacional²². Como referimos, não é o caso da LAV.

A mesma questão pode ser colocada perante uma arbitragem institucional, na qual será aplicável por determinação das partes o conjunto de regras do processo arbitral contidas no regulamento de centro de arbitragem, mas esse regulamento não oferece uma resposta direta para a questão e as partes não chegam a acordo sobre a lei de arbitragem a adotar supletivamente²³.

¹⁸ Salientada em Craig, Park e Paulson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1998, p. 502, que referem que um dos desafios da arbitragem é conciliar os interesses das partes relativamente ao andamento do processo: Por um lado, a parte vencedora pretende obter uma decisão final, relativa a todos os aspectos da causa, no menor espaço de tempo possível; Por seu lado, a outra parte pretende evitar essa decisão e procurar obter a sua anulação ou evitar que a decisão obtenha eficácia.

¹⁹ CCI Final Award n.º 7722, 1999: O demandado sustenta que o processo arbitral não tem *lex fori*. O demandante pretende a aplicação da *lex loci arbitri* à arbitragem.

²⁰ CCI Procedural Order n.º 12297, 2003: Estava em causa o conteúdo do direito a ser ouvido, imposto por uma norma imperativa da lei da arbitragem da sede da arbitragem, que tinha aplicação ao caso, segundo o demandante. O demandado entendia que o tribunal arbitral tinha plena autoridade para conduzir o processo, de acordo com os seus critérios de justiça, determinando a lei mais adequada à arbitragem. O tribunal aplica a lei que entende mais adequada ao caso concreto, tendo em conta a cultura jurídica das partes, entendendo que o direito a ser ouvido do demandado não ficaria lesado pela aplicação de uma norma da cultura jurídica de *Common Law*.

²¹ É o caso da discussão em CCI *Interim Award* n.º 4695 de 1984

²² Era também o caso das leis de arbitragem de países da América Latina, que fixavam regras processuais muito pormenorizadamente, impondo um processo arbitral composto por fases rígidas e repleto de formalismos.

²³ CCI *Partial Award* n.º 8083, 1994: Discutia-se se o tribunal arbitral deveria admitir reconvenção. As partes haviam fixado a Lei de Processo Civil Suíça como lei orientadora no silêncio das regras do Regulamento CCI aplicáveis e das regras da lei de arbitragem Suíça designadas para aplicação subsidiariamente. As partes questionaram a autoridade dos árbitros para fazerem uma interpretação livre

A questão reveste-se ainda de importância se tivermos em conta que as decisões produzidas em arbitragem internacional constituem decisões estrangeiras, que carecem de reconhecimento por parte dos Estados onde se pretende que sejam executadas, em conformidade com um procedimento de reconhecimento das decisões. Com efeito, a eficácia de sentenças estrangeiras carece de revisão e confirmação nos moldes dos artigos 978.ºss. CPC. Tratando-se de Estados Contratantes da CNI²⁴, carece de reconhecimento nos termos da mesma²⁵. Importa ainda que as decisões tomadas pelos árbitros relativamente ao processo que conduzem, que são suscetíveis de revisão por tribunais estaduais, na medida em que atentem contra o normal conteúdo de uma sentença obtida em processo equilibrado, não sejam, por este motivo, passíveis de impugnação pelos tribunais da sede. Deste modo, o processo arbitral internacional, a par das dificuldades suscitadas na procura de um equilíbrio entre as necessidades do processo e a sensibilidade jurídica das partes, é ainda alvo de um duplo controlo²⁶, entre os requisitos de validade da *lexlociarbitri* e os requisitos para execução e reconhecimento da decisão no lugar em que se pretende que a sentença produza efeitos.

da regra do direito processual Suíço, tendo o tribunal decidido através de critérios de oportunidade e economia processual, sem apoio no preceito daquela regra.

²⁴ Assinada a 10 de Junho de 1958, a Convenção de Nova Iorque tem a pretensão de facilitar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras entre Estados Contratantes, baseando-se em três pressupostos: Tutela da confiança na via arbitral; Desenvolvimento do comércio internacional; eficácia prática das decisões jurisdicionais - <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar37-1994.pdf>

²⁵ Sobre este assunto, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado - Volume III*, 2012 e Neuza Lourenço, *A aplicação em Portugal do artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958*, 2010

²⁶ Guiditta Cordero Moss, *International arbitration: law and practice*, 1999

3. Conceitos Introdutórios

Arbitragem internacional:

A arbitragem voluntária caracteriza-se como um método extrajudicial de resolução de conflitos, que resulta de um acordo das partes em excluírem determinado litígio à jurisdição dos tribunais estaduais. Este acordo designa-se por convenção de arbitragem e tem como efeito a sujeição das partes à jurisdição do tribunal arbitral – um órgão com poderes adjudicatórios, formado por pessoas singulares nomeadas pelas partes, mas independentes e imparciais²⁷ que atribuem uma solução final e vinculativa ao litígio, a qual forma caso julgado e é dotada de força executiva²⁸.

Este aspeto decorre da função jurisdicional do tribunal arbitral, que é reconhecida pela CRP no seu artigo 209.º. Habitualmente refere-se que o processo arbitral é contratual na origem, jurisdicional na função e tem natureza privada²⁹. Esta caracterização apoia-se na tese mista formulada por HENRI MOTULSKY³⁰ sobre a natureza jurídica da arbitragem, que tem prevalecido face às teses jurisdicionalista, contratualista e autonomista³¹. Segundo a tese mista, o processo arbitral deverá culminar numa decisão vinculativa, que produz efeitos sobre as partes sem necessidade de homologação, ou seja produz efeitos semelhantes a uma sentença judicial.

Por outro lado, o processo arbitral é pautado pelo exercício da autonomia privada – desde a decisão das partes pela submissão à arbitragem, até à sua intervenção na conformação dos procedimentos, passando pela constituição do tribunal arbitral, operada por elas.

O processo de arbitragem voluntária no âmbito nacional converge com o processo de arbitragem internacional em, pelo menos, dois aspetos: por um lado, na finalidade – pretendendo-se que o processo culmine numa decisão final e vinculativa, com efeitos

²⁷ Sobre a independência dos árbitros de parte v. Mariana França Gouveia, “O dever de independência do árbitro de parte”, in *Themis*, ano IX (n.º 16), 2009 e Mário Raposo – *Temas de arbitragem comercial*, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=47773&ida=47824

²⁸ Art. 703.º, n.º 1, a) e 705.º, n.º 2 CPC

²⁹ Francisco Cortez, “A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)”, 1992; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 44ss; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 120ss.

³⁰ Henry Motulski, *Écrits*, vol III - Études et notes sur l'arbitrage, 1974, pp. 42ss.

³¹ Expondo as teses referidas, Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 44ss

jurisdicionais; por outro, na importância da autonomia privada ao longo de todo o processo.

A LAV dedica o seu capítulo IX (artigos 49.º-54.º) à arbitragem internacional. Estabelece que são aplicáveis à arbitragem internacional as disposições que regulam a arbitragem interna³², ressalvadas as disposições especiais dedicadas à arbitragem internacional, devendo ainda aquelas ser adaptadas às particularidades desta.

O conceito de arbitragem internacional oferecido pela LAV não é de interpretação fácil³³, entendendo-se por arbitragem internacional “aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional³⁴”. A jurisprudência portuguesa³⁵ concretiza o conceito de arbitragem internacional como aquela que abrange no seu objeto “todas as operações económicas que envolvam circulação de bens, de serviços ou de capitais através de fronteiras”. Trata-se de um conceito de arbitragem internacional, com origens no direito francês³⁶, na linha do que tinha sido adotado pela anterior LAV. Este conceito deve ser interpretado segundo as diretrizes da Lei-Modelo da UNCITRAL³⁷, na qual a atual LAV se baseia. Ou seja, arbitragem internacional será toda a arbitragem que tem por objeto qualquer matéria resultante de relações de natureza comercial, com ou sem origem contratual.

Relativamente ao objeto da arbitragem internacional adotou-se o critério do litígio intrinsecamente internacional e exclusivamente económico, oferecido pelos autores franceses FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN³⁸, que é concretizado entre nós por MANUEL PEREIRA BARROCAS³⁹ como “transações claramente transfronteiriças, ou seja que conjuguem vários elementos de estraneidade, e que tenham impacto no comércio

³² Art. 49.º, n.º2 LAV

³³ Salientando tal dificuldade de interpretação do conceito de arbitragem internacional e expondo as diferentes posições quanto à mesma: Maria Helena Brito, "Arbitragem Internacional - A propósito da nova lei de arbitragem voluntária", 2012, pp. 112ss.

³⁴ Art. 49.º, n.º1 LAV

³⁵ RelLx 11/5/95 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/366cc144c8f32432802568030004fea7?OpenDocument>) e STJ 21/9/95 (disponível em <http://www.dgsi.pt/stj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f9f1cf76dd25fd32802568fc003adc48?OpenDocument>)

³⁶ Art. 1504.º Code de Procédure Civil Français, incorporando um conceito formulado pela jurisprudência francesa.

³⁷ Disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/dgpi-disponibiliza/downloadFile/attachedFile_f0/UNCITRAL_Texto_Unificado.pdf?nocache=1298368366.42

³⁸ Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman e John Savage, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 51; Entre nós, sufragando o mesmo critério, Mário Esteves de Oliveira (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária (comentário ao art. 49.º)*

³⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, pp. 571 ss..

internacional”. Este critério, que confere amplitude ao conceito de arbitragem internacional, é também sufragado por DÁRIO MOURA VICENTE⁴⁰, pois abrange tanto as arbitragens com ligação a países diferentes, em função do estabelecimento das partes ou em função do lugar de execução das obrigações resultantes da matéria em litígio, como arbitragens com ligação a um só país, mas que versem sobre matéria relativa a operações económicas transfronteiriças.

No mesmo sentido, refere LUÍS DE LIMA PINHEIRO que não basta que se verifiquem elementos de estraneidade na arbitragem⁴¹ para que ela seja considerada internacional.

Assim, ficam excluídas do conceito de arbitragem internacional as arbitragens sem elementos de estraneidade, quer quanto às partes, quer quanto ao objeto do litígio, ainda que realizadas num lugar escolhido pelas partes, ao abrigo do art. 31.º, n.º1 LAV, que seja diferente de Portugal.

Vigora assim um modelo semi-dualista, em que as regras aplicáveis às arbitragens internas são extensíveis à arbitragem internacional, tendo em conta as especificidades desta. Nos ordenamentos Suíço e Francês, porém, vigora o modelo dualista, contendo disposições distintas para a arbitragem interna daquelas que contêm para a arbitragem internacional. No ordenamento jurídico Suíço a regulação de uma e outra é formulada em leis distintas⁴².

A par dos referidos pontos de convergência verificam-se também diferenças entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional, que importa clarificar na presente dissertação.

A sede da arbitragem:

A sede da arbitragem internacional era tradicionalmente⁴³ vista como o elemento de ligação da arbitragem a determinado ordenamento jurídico, em conformidade com o

⁴⁰ Dário Moura Vicente, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (Anotação ao art. 49.º)

⁴¹ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - Determinação do Estatuto de Arbitragem*, 2005, p. 35

⁴² Lei interna e lei internacional de arbitragem disponíveis em: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html#UqIMu9JdXWg>

⁴³ Sausser-Hall nos seus trabalhos apresentados no Instituto de Direito Internacional, publicados em “L’Arbitrage en Droit International Privé” in *L’annuaire d’Institut de Droit International*, Tome I, 195, p.

princípio de Direito Internacional da soberania dos Estados, segundo o qual cada Estado detém o controlo sobre os atos que têm lugar no seu território. Assim sendo, o lugar da sede fixaria a nacionalidade da sentença arbitral, os parâmetros de validade da mesma e determinaria a *lex fori*, isto é a lei do Estado onde a arbitragem decorre regularia os trâmites da ação arbitral e todos os seus aspetos inerentes à lei aplicável.

Atualmente, a sede da arbitragem corresponde a uma figura de origem convencional⁴⁴, que assume especial relevância na arbitragem internacional⁴⁵, correspondendo ao lugar onde ocorrem os atos da arbitragem. Segundo GARYBORN, a sede do tribunal constitui o “domicílio legal da arbitragem”⁴⁶. Este lugar é livremente fixado pelas partes⁴⁷. Porém, é comum que a totalidade dos atos da arbitragem internacional não se concentre num mesmo lugar.

A título de exemplo, pode verificar-se que o tribunal arbitral obtenha depoimentos de testemunhas no Estado A e realize as restantes audiências no Estado B. Neste sentido, a sede da arbitragem convencionada pelas partes nem sempre é representativa do lugar onde ela efetivamente se realiza⁴⁸. Pode suceder que o lugar físico da prática dos atos processuais da arbitragem seja distinto da sede constante da convenção de arbitragem, havendo, para o efeito, acordo das partes e dos seus advogados, por razões de conveniência⁴⁹. Esta situação é particularmente notória na realidade crescente das arbitragens *online*⁵⁰. É pacífico o carácter ficcional da sede, contribuindo apenas para se apurar a nacionalidade da sentença arbitral, permitindo fazer-se a distinção entre arbitragens internas e arbitragens estrangeiras⁵¹. Com efeito, quando uma arbitragem tem sede em Portugal, a nacionalidade da sentença será Portuguesa. A consequência é a sujeição da sentença aos fundamentos de anulação da sede. Quando uma sentença

469ss. No mesmosentido, F. A. Mann, “LexFacit Arbitrum”,1967, p. 160; Nigel Blacknigel [et al], *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 2009, pp. 176 e 180-192

⁴⁴Armando Ribeiro Mendes, *Lei da Arbitragem Voluntária – Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012 (anotação ao art. 31.º); Rui Moura Ramos, “A arbitragem no novo direito português” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, p. 588

⁴⁵Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 616; Gary Born, *International arbitration : law and practice*, 2012, p. 37; *ICC Arbitration*, 12, p. 185

⁴⁶Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1314

⁴⁷Artigo 31.º LAV; Artigo 20.º Lei Modelo UNCITRAL

⁴⁸Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 142

⁴⁹Armando Ribeiro Mendes, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (Anotação ao artigo 31.º)

⁵⁰Sobre as modalidades de arbitragemonline, VideMargareth Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2012, pp. 62-63

⁵¹No sentido de que a sede da arbitragem presume que a decisão arbitral foi aí proferida: Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado – Vol. III*, 2012, p.581-583; No mesmo sentido, mas expondo as várias posições acerca da matéria:John Savage, *Fouchard, Gaillard e Goldman onInternationalArbitration*, 1999, pp. 651 ss..

arbitral é proferida no estrangeiro, ela carece de reconhecimento no lugar onde a sentença arbitral será executada. Neste caso, Portugal constitui lugar de reconhecimento.

O papel da sede na arbitragem internacional releva essencialmente na sujeição da arbitragem aos parâmetros de validade da sua lei⁵² e à competência dos tribunais judiciais da sede para intervirem no processo arbitral. Como já referimos, não tão unânime no que ao processo arbitral diz respeito é o papel da lei da sede da arbitragem na definição da arbitrabilidade do litígio⁵³ e na definição das normas do processo arbitral⁵⁴.

⁵² V. art.s V CNI e 46.ºss LAV

⁵³ Contra Stavros Brekoulakis, “Law Applicable to Arbitrability”, 2009, p. 106

⁵⁴ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp. 228-234; *Fouchard, Gaillard e Goldman On International Arbitration*, pp. 633 ss.; Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, (*passim*)

II. Exposição e análise das principais posições sobre a *lexarbitri*

1. POSIÇÃO TERRITORIALISTA

O territorialismo⁵⁵ sustenta que a sede do tribunal arbitral determina a lei da arbitragem. Ou seja, a lei de arbitragem vigente na sede será aquela que os árbitros deverão aplicar e será no âmbito dos limites que ela impuser, que as partes terão liberdade para conformar diretamente as regras do processo arbitral. Igualmente a possibilidade de as partes remeterem a regulação da arbitragem para regulamento de Instituição de arbitragem é circunscrita à lei da sede.

A arbitragem sujeita-se a uma única lei de arbitragem, relevante na jurisdição da sede, denominada *lexlociarbitri*⁵⁶.

A presente tese, que encontra os seus fundamentos no texto de MANN⁵⁷, parte da recusa da autonomização do conceito de arbitragem internacional, enquanto realidade distinta da arbitragem interna. Segundo este entendimento, a *lexarbitri* só pode ser concretizada tendo em consideração a legislação de arbitragem de cada Estado e só na eventualidade de a lei de arbitragem prever uma disposição que permita às partes remeterem a regulação do processo para uma lei de arbitragem estrangeira é que tal será admissível⁵⁸.

O conteúdo da *lexarbitri* abrange tanto os aspetos internos da arbitragem, como os seus aspetos externos. Em termos gerais, são aspetos sujeitos à lei de arbitragem da sede a constituição do tribunal, a tramitação do processo, o modo de produção da prova e o modo de proferir sentença, bem como a verificação de validade da sentença e a competência do tribunal arbitral e os limites de colaboração dos tribunais estaduais da sede. No entendimento de GARYBORN⁵⁹, a lei da sede oferece o conteúdo mínimo e imperativo do regime de arbitragem internacional.

⁵⁵ Assim é designada por Francis Mann, “LexLociArbitri”, 1967, p. 160 ss; Manuel Botelho da Silva, 1999, p. 33 utiliza a designação “tese da sede da arbitragem”; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp. 477 ss. e Jan Paulsson designam por “ordem jurídica estadual”; Emmanuel Gaillard, *Aspetes Philosophiques du Droit de l’Arbitragem Internacional*, 2008 usa a designação “posição monolocalizadora”.

⁵⁶ Francis Mann, “LexFacitArbitrum”, 1967, p. 160 ss

⁵⁷ Francis Mann, “LexFacitArbitrum”, 1967, p. 160 ss

⁵⁸ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p.1315

⁵⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p.1314

A origem legal das competências do tribunal arbitral e dos poderes dos árbitros na conformação do processo é a ordem jurídica da sede⁶⁰. Os árbitros são tratados como membros da organização judiciária do Estado, sujeitos à soberania estadual, a par de todos os atos internos que um Estado soberano legitimamente controla, segundo o princípio basilar de Direito Internacional Público. Parte-se do pressuposto de que o processo arbitral, independentemente do objeto do litígio em questão e independentemente das características das partes ou do tribunal, é sempre um processo de natureza nacional⁶¹, circunscritos todos os aspetos com ele relacionados a uma jurisdição.

A posição territorialista foi consolidada pela Resolução de Amesterdão de 1957 do Instituto de Direito Internacional e no Protocolo de Genebra de 1923 e apoia-se na tese jurisdicionalista⁶² sobre a natureza jurídica da arbitragem, integrando os árbitros no sistema jurídico do Estado da sede da arbitragem.

Esta posição tem correspondência nas leis de arbitragem nacionais, designadamente no artigo 61.º LAV, que, ao fixar o âmbito territorial da lei dispõe que a LAV é aplicável a “todas as arbitragens que têm lugar em território português, bem como ao reconhecimento e execução de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro”.

A posição territorialista encontra ainda acolhimento na doutrina contemporânea da arbitragem internacional:

“O processo de arbitragem poderá ser governado por regras escolhidas pelas partes, mas a lei de arbitragem será a da sede, a qual, contendo disposições imperativas, estas serão vinculativas, quer as partes concordem, quer não. Ainda que a lei de arbitragem conceda ampla autonomia às partes e discricionariedade aos árbitros, será ela a reger a arbitragem e não outra⁶³”.

⁶⁰ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 448

⁶¹ Francis. A. Mann, “LexFacitArbitrum”, 1967, pp. 159ss: “Nenhum ato das partes é revestido de efeito legal se não for em resultado de coercividade que lhe é conferida por um sistema legal.”

⁶² Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 479

⁶³ Nigel Blackaby [et al], *Redfernand Hunter on International Arbitration*, 2009, p. 177: “The procedure of an arbitration may be regulated by the rules chosen by the parties; but the law is that of the place of arbitration and, to the extent that it contains mandatory provisions, is binding on the parties whether they like it or not. It may well be that the *lexarbitri* will govern with very free rein, but it will govern nonetheless.”

É essencial tomar em consideração a lei do lugar da arbitragem, pois é esta que regula (ainda que apenas em traços gerais) vários aspetos do processo arbitral. É também essencial tomar em consideração a cultura jurídica e a prática do lugar da arbitragem, embora estas sejam menos fáceis de identificar, podendo incluir regras sobre a prova, possibilidade de as partes serem ou não representadas por mandatário da sua escolha, entre outros aspetos.

“A subordinação à sede significa que o tribunal arbitral deverá regular-se pelas conceções presentes no Estado da sede relativamente às garantias fundamentais de processo, sob pena de ver a sentença arbitral anulada⁶⁴”.

Esta posição é igualmente acolhida em sentenças arbitrais, designadamente na decisão da Câmara Internacional de Arbitragem n.º 7722 e na decisão interlocutória proferida no mesmo Centro com o n.º 12575.

Na decisão n.º 7722, de 1999⁶⁵, as partes haviam designado a lei substantiva aplicável ao contrato. No entanto, não indicaram a lei que deveria regular o processo de arbitragem. O tribunal arbitral aplicou o artigo 11.º das Regras da CCI sobre Conciliação e Arbitragem⁶⁶, segundo a qual a arbitragem deveria ser regida pelas regras da CCI e apenas quando o regulamento CCI fosse omissivo se adotaria disposições diferentes. No caso em concreto, o regulamento oferecia uma solução, pelo que não foi necessário estabelecer o critério para a escolha das regras aplicáveis: se as regras do lugar da sede, se as regras do lugar de execução. O tribunal determinou, no entanto, que “havendo regras imperativas que devessem ser aplicadas ao abrigo da lei do país X (lei da sede), o tribunal ter-lhes-ia obedecido; Porém, nenhuma das partes mencionou a existência de tais regras, nem o facto de, existindo, estarem a ser violadas.” Afirmou, portanto, a sua vinculação às disposições da lei da sede de carácter imperativo.

⁶⁴ Jean Poudret e Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2007, p. 498: “Le rattachement au siège signifie en revanche qu’un arbitre devra se référer aux conceptions de l’Etat du siège concernant les garanties fondamentales de procédure en matière d’arbitrage, sous peine de voir sa sentence annulée”.

⁶⁵ Collection of ICC Arbitral Awards, 2001-2007, p.452

⁶⁶ “The rules governing the proceedings before the arbitrator shall be those resulting from these Rules and, where these Rules are silent, any rules which the parties (or, failing them, the arbitrator) may settle, and whether or not reference is thereby made to a municipal procedural law to be applied to the arbitration.”

Na decisão interlocutória de 16 de Dezembro de 2003, no caso CCI n.º 12575⁶⁷ (sede em Genebra), o tribunal decidiu: “ao abrigo da lei aplicável, cada parte tem o direito a impugnar prova testemunhal oferecida pela parte contrária, sendo a violação deste princípio fundamento de anulação ao abrigo do art. 190.º (2) d) da Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado de 1987”. Estava em causa o exercício do direito ao contraditório por uma Parte no âmbito do processo, o qual não fora realizado de acordo com a agenda processual determinada pelo tribunal. Discutia-se se o direito, que segundo a lei da sede podia ser exercido a todo o tempo, deveria ser exercido ou se, pelo contrário, deveria prevalecer a agenda do tribunal.

- **Análise crítica:**

A principal vantagem da posição territorialista consiste no facto de oferecer segurança às partes e aos árbitros⁶⁸, cuja discricionariedade na condução do processo arbitral é limitada⁶⁹. As partes têm liberdade para escolherem a sede, garantindo a lei local para a regulação do processo.

Os árbitros dispõem de um conjunto de soluções com aplicação ao caso concreto, conscientes de que, se o observarem, a possibilidade de anulação da sentença arbitral será residual.

Esta vantagem é potenciada pela existência da Lei-Modelo que, influenciando as leis nacionais de arbitragem, confere respostas semelhantes e harmonizáveis em qualquer processo arbitral, independentemente da sede do mesmo⁷⁰.

Os defensores da posição territorialista têm sido, por vezes, criticados por cuidarem mais da previsibilidade no processo do que da adequação do processo ao espaço transnacional⁷¹, na medida em que certas particularidades da arbitragem internacional, face à arbitragem interna, suscitam necessidades próprias inerentes ao processo, como é manifestamente o caso do reconhecimento de sentenças estrangeiras.

⁶⁷Disponível em <http://www.iccdrl.com> (ICC Dispute Resolution Library): "Each Party is therefore entitled to challenge witness evidence submitted by the other and a breach of such principle may result in an arbitral award to be set aside under Art. 190 (2) d) of the 1987 Act".

⁶⁸ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1326, Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, p. 6

⁶⁹ William Park, “Procedural Default Rules Revisited”, 2007, pp. 360-366

⁷⁰ Roy Goode, “The Role of *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, 2001, p. 38

⁷¹ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008, p.46

De entre as críticas efetuadas destaca-se o entendimento de que o efetivo reconhecimento da sentença constitui um objetivo específico da arbitragem internacional, que pode não se bastar com a aplicação àquela de disposições da arbitragem interna. Procurando demonstrar o fundamento das críticas referidas, JAN PAULSSON apresenta o seguinte exemplo, sobre uma arbitragem sediada no país A⁷²:

Ao abrigo da lei de A, os tribunais estaduais da sede têm competência para julgar recursos de anulação sobre decisões arbitrais aí proferidas. A escolha da sede pelas partes foi motivada por razões de neutralidade e conveniência, na medida em que nenhuma parte tem ligações a A. Também o litígio não apresenta ligações a A. Os árbitros não são nacionais de A. A parte condenada pela sentença arbitral interpõe recurso de anulação com fundamento de que o processo arbitral foi realizado em desconformidade com as regras de processo da sede. A parte condenada alega que a sentença, tendo sido obtida por maioria, não foi assinada pelo árbitro que se opôs ao sentido da decisão, contrariamente ao que é imposto pelas regras de arbitragem de A, que requerem a assinatura de todos os árbitros.

Admite-se que o operador normal do comércio internacional teria expectativas de que, sendo a sentença produzida por maioria, a sua validade bastar-se-ia com a assinatura da maioria.

Neste sentido a finalidade do processo arbitral não é obtida, não podendo a parte vencedora contar com os tribunais judiciais do lugar de execução para reconhecerem a sentença, não obstante a redação do art. V (1) e) da Convenção de Nova Iorque.

Cumprе desautorizar a crítica reproduzida, desde logo questionando por que razão escolheriam as partes como sede da arbitragem um local sem conexão com o litígio, sem conexão com qualquer das partes e sem que os árbitros fossem nacionais desse Estado e conhecedores da lei da sede. A afirmação do carácter fortuito da escolha da sede, que se traduz na eventualidade de as partes a designarem, sem estarem cientes de que estão a determinar a aplicação da sua lei ao processo de arbitragem⁷³, foi negada por ROYGOODE⁷⁴.

⁷² Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters”, 1983, p. 58

⁷³ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 604

⁷⁴ Roy Goode, “The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, 2001, pp. 31-33

O autor esclarece que a procura de neutralidade é em si mesma uma motivação na escolha da sede, o que revela ter havido ponderação das partes nessa escolha, como seria de esperar de operadores experientes do comércio internacional. Em rigor, as partes da arbitragem constituem agentes do comércio internacional, habitualmente aconselhados e representados por advogados experientes nesta matéria⁷⁵.

ROYGOODE recusa igualmente o carácter fortuito da escolha de sede realizada por um centro institucionalizado de arbitragem. Com efeito, quando as partes remetem a arbitragem a uma instituição arbitral, demonstram confiança na instituição, no sentido de esta determinar a sede adequada ao processo. Aliás, conforme acrescenta o autor, seria ilógico que uma instituição de arbitragem escolhesse sedear o tribunal em lugar cuja lei de arbitragem não conhecesse⁷⁶.

A lei da sede é composta por normas imperativas, não derogáveis pelas partes, e por normas supletivas. A posição territorialista não se compadece com a derrogação de disposições da lei da sede com carácter imperativo.

Isto é, de acordo com o territorialismo só as normas que expressamente possam ser derogadas pelas partes é que se revestem de supletividade. O restante conjunto de disposições terá aplicação obrigatória, sob pena de uma das partes entender ter sido lesada pela omissão discricionária dos árbitros da aplicação da lei da sede e, nesse sentido, intentar ação de anulação da sentença.

Verificámos porém que pode não haver correspondência entre as regras dos regulamentos e a lei da sede, mesmo em normas que se revestem de imperatividade. É esta a questão subjacente ao exemplo apresentado por PAULSSON que *supra* mencionámos.

No entanto, os fundamentos de anulação têm aplicação nas arbitragens *ad hoc* como nas arbitragens institucionais. Designadamente, o fundamento de anulação da sentença por vícios no âmbito do processo, previsto no art. 46.º (3) a) iv) LAV, deve ser entendido como uma forma de limitar a discricionariedade do tribunal, existindo norma legal ou regulamentar que abrange a situação.

⁷⁵ No mesmo sentido, Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 564

⁷⁶ Nigel Blackaby [et al.], *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 2009, p. 185

Consiste num meio de harmonizar as decisões arbitrais, as quais resultam de um processo privado, por vezes realizado sob deveres de confidencialidade pelo que as vicissitudes do seu decurso e a própria decisão são quase sempre desconhecidas.

Refere que se o tribunal violou norma contida na LAV, que não possa ser derogável pelas partes, tendo esse facto influído no resultado da arbitragem, a parte lesada pode intentar ação de anulação da sentença.

Refere também (*a contrario*) que, tendo as partes derogado por acordo norma contida na LAV, que não pudesse ser por elas derogada, as mesmas ficam impedidas de invocar a anulabilidade da sentença ao abrigo daquele número, por violação do acordo por parte do tribunal, ainda que tenha havido influência decisiva na resolução do litígio.

Deste aspeto resulta que se as partes remeterem a arbitragem para as regras de um regulamento de arbitragem, que contenha regra não contudente com uma norma da LAV não derogável pelas partes, a sua autonomia não será protegida contra a violação da mesma pelo tribunal, ao abrigo do art. 46.º (3) a) iv); Porém, também não será sancionada em sede de anulação, mantendo-se o acordo a produzir efeitos. Assim, a discricionariedade do tribunal é limitada, restringindo-se a duas opções: Ou aplica a solução prevista na sede, ou aplica a solução convencionada pelas partes, se entender que ela é mais adequada.

É que nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, constitui fundamento procedente de anulação a invocação por uma parte de violação de norma não derogável, ainda que a violação da norma não tenha sido arguida no decurso do processo, aquando da sua ocorrência.

Isto é, se o tribunal entender aplicar uma solução de um regulamento de arbitragem de uma câmara internacional que não é contudente com norma da sede não derogável pelas partes, qualquer delas (a parte lesada) mantém a possibilidade de intentar acção de anulação ao abrigo do art. 46.º (3) a) iv) LAV.

Deste modo, a única forma de o tribunal proteger a sua decisão das referidas vicissitudes, é obter acordo expresso das partes no sentido de uma outra solução, designadamente no sentido de ser aplicado um regulamento de arbitragem. Entendemos que a aplicação de tal regulamento deve ser realizada na totalidade das suas disposições, por uma questão de coerência das soluções na arbitragem.

Deve, contudo, salientar-se que, sendo a arbitragem institucional, o art. 46.º (3) a) iv) deve ser interpretado no sentido de haver proteção da convenção das partes de submeter a arbitragem a instituição arbitral.

Isto é, onde o referido artigo dispõe "A composição do tribunal arbitral ou o processo não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio", deve ler-se "A composição do tribunal arbitral ou o processo não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição do regulamento aplicável que as partes não possam derrogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio".

Assim sendo, em arbitragem institucional, o tribunal poderá apenas aplicar as regras contidas no regulamento, mantendo discricionariedade fora das disposições inderrogáveis do próprio regulamento.

Ou seja, a limitação da autonomia das partes e da discricionariedade dos árbitros nas arbitragens *ad hoc* não é um fator negativo, mas um fator de segurança. Se as partes pretenderem um processo de natureza distinta, poderão remeter a regulação do mesmo para um centro de arbitragem institucional. Num caso ou noutro, porém, estarão sujeitas aos fundamentos de anulação da sede e, no caso da arbitragem internacional, à possibilidade de recusa de reconhecimento do lugar de execução se a sentença for anulada no país de origem.

Pode afirmar-se que a lei de arbitragem da sede é a lei mais apta à condução do processo arbitral⁷⁷. Os tribunais da sede são competentes para anular a sentença ou prestar assistência ao tribunal arbitral em determinados atos, pelo que é benéfico para as partes, bem como para a Justiça, que os tribunais judiciais interpretem as regras de arbitragem do ordenamento em que se inserem.

É certo que o processo de anulação ocorre em situações excepcionais. Pode não ser razoável que árbitros estrangeiros fiquem vinculados à adoção das regras da

⁷⁷ Francis A. Mann, "LexFacitArbitrum", 1967, p.160

lexlociarbitri para que na eventualidade remota de existir recurso de anulação, os tribunais judiciais se encontrem em melhores condições de apreciar os aspetos processuais da sentença que forem invocados. Nesse caso, o argumento exposto só procederá se os árbitros tiverem a mesma cultura jurídica da sede da arbitragem⁷⁸, sendo frequente que nem os árbitros nem o litígio apresentem conexão com o Estado da sede⁷⁹.

Outra crítica realizada à posição territorialista relaciona-se com o facto de, segundo esta, os árbitros serem considerados elementos integrantes da estrutura judiciária da sede, isto é, terem um papel de realizar Justiça em nome do Estado.

Porém, o que se verifica na posição territorialista é a fixação do estatuto dos árbitros internacionais nos termos da lei de arbitragem da sede. Este facto pode assumir diversas consequências: o estatuto dos árbitros pode ser idêntico nas arbitragens internas e nas arbitragens internacionais, como podem ser fixados estatutos autónomos para uma e outra realidade. Podem ser conferidos graus diferentes de liberdade às partes na fixação dos poderes dos árbitros, por exemplo admitindo que estes baseiem a sua decisão em critérios diversos do direito. No entanto, as partes, ao sedear a arbitragem em determinado lugar, conhecerão as consequências da escolha da sede no processo arbitral.

Na LAV, bem como em leis de arbitragem nacionais contemporâneas, a matéria do estatuto dos árbitros é pouco desenvolvida, limitando-se às disposições constantes dos artigos 9.º e seguintes da LAV. Quer na arbitragem interna, quer na arbitragem internacional, a regulação dos direitos e deveres dos árbitros é limitada a princípios essenciais do que deve ser um árbitro num processo justo e eficaz⁸⁰. Estes princípios referem-se à independência e à imparcialidade e são também contemplados na Lei-Modelo, no artigo 11.º (5). As características de independência e imparcialidade dos árbitros são atribuições consideradas determinantes para a generalidade dos Estados relativamente a quem prossegue funções de administração de justiça. Por outro lado, as leis nacionais estabelecem de modo diversificado as qualificações exigíveis para o desempenho da função de árbitro.

⁷⁸ Pierre Lalivécitadopor Jan Paulsson, “Arbitration Unbound, Award detached from the law of its origin”, 1981, p.362

⁷⁹ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 490

⁸⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1315

Compreende-se a opinião segundo a qual esta visão não é adequada às necessidades da arbitragem internacional, pois a missão dos árbitros enquadra-se na realidade do comércio transnacional, a qual é mais ampla e assume um lugar paralelo relativamente aos poderes estaduais⁸¹. Corolário deste entendimento é a realidade norte-americana, onde se distingue o papel do árbitro na arbitragem interna, do seu papel na arbitragem internacional: enquanto na arbitragem interna o mandato de árbitro de parte não pressupõe a sua independência, salvo acordo das partes em contrário, na arbitragem internacional impõe-se o dever de independência e imparcialidade relativamente a qualquer árbitro⁸².

Porém, a nosso ver, o papel do árbitro, quer na arbitragem interna, quer na arbitragem internacional, será sempre o de administrar a justiça. Ainda que os poderes dos árbitros na administração da justiça sejam distintos dos poderes judiciais, os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais convergem na sua função jurisdicional. A legitimidade dos árbitros para a tomada de decisões decorre diretamente das partes, enquanto a legitimidade dos juizes decorre do Estado, estando sujeita às tarefas e funções fundamentais deste. Contudo, a função jurisdicional não é prosseguida por árbitros nem por juizes se estes e aqueles não conduzirem o processo de modo independente e imparcial. A decisão terá sido tomada de forma injusta, pelo que não constituirá uma decisão que tem por fim a administração da justiça.

O que não se adequa à realidade da arbitragem internacional é a existência de leis de arbitragem nacionais equiparadas às leis de processo civil, extensas, rígidas, formalistas e que desconsiderem a vertente contratualista da arbitragem⁸³.

A adoção do critério territorialista não significa que as leis de arbitragem nacionais desconsiderem as particularidades da arbitragem internacional.

⁸¹ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 490

⁸² Mariana França Gouveia, “O dever de independência do árbitro de parte”, 2009, p.5; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 129; Nigel Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 2009, pp. 363ss.

⁸³ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1316: “Tal abordagem legislativa não é convergente com o espírito e os requisitos das fontes contemporâneas da arbitragem internacional, as quais reconhecem às partes autonomia para escolherem o modo de condução do processo. Não é igualmente compatível com as expectativas das partes da arbitragem internacional. Porém, é uma abordagem que se mantém actual, pelo que a escolha da sede de arbitragem internacional deve ser muito bem ponderada.”; Na versão original: “the legislative approach is inconsistent with the spirit, and likely the requirements, of contemporary international arbitration conventions, which recognize and give effect to parties’ autonomy to select the arbitral procedures, and with the expectations of parties. Nevertheless, this attitude persists and is one of the reasons that it is essential to select the place of an international arbitration with care.”

Desde logo, a Lei-Modelo, cuja criação pretendeu dar resposta às necessidades da arbitragem internacional, contempla o critério territorialista⁸⁴. A LAV, estabelecendo no seu artigo 49.º que as disposições destinadas à arbitragem interna devem ser aplicadas à arbitragem internacional, ressalva as particularidades deste tipo de arbitragem. É ainda referido no artigo 10.º (6) LAV que, aquando da nomeação de árbitro por tribunal estadual, tratando-se de arbitragem internacional, deve ser tida em conta a conveniência da nomeação no caso concreto, designadamente certificando-se o tribunal de que a nacionalidade dos árbitros não prejudica a neutralidade desejável na arbitragem internacional⁸⁵.

A vantagem da presente posição é a aplicação das disposições da lei da sede poderem garantir o reconhecimento da decisão num potencial lugar de execução, particularmente na ausência de acordo das partes sobre a condução do processo. De facto, estabelecendo o art. V, n.º1, al. d) CNI como critério de recusa do reconhecimento de decisão arbitral estrangeira o facto de no processo arbitral não terem sido respeitadas as disposições da lei de arbitragem da sede, existe congruência entre a presente tese e o conteúdo da CNI⁸⁶.

Nas situações contempladas no artigo 46.º (3) a) iv) LAV, em que a lei da sede determina como fundamento de anulação da sentença, a inobservância das disposições legais da sede, a presente tese encontra-se em plena coerência com o conteúdo da CNI, em particular com o seu art. V (1) e). Segundo esta disposição, a anulação de sentença no seu país de origem justifica a recusa do seu reconhecimento no lugar de execução.

A indicação na convenção de arbitragem da sede do tribunal e a presunção de que a escolha da sede traduz a escolha da lei da arbitragem, introduz um fator de segurança relativamente à sentença produzida, ficando o processo menos sujeito a que o demandado procure atrasar a produção de efeitos da sentença através de impugnação ou oposição à execução da mesma, com o fundamento de que não foram observadas as regras de processo das partes.

⁸⁴ Howard Holtzmann, e Joseph Neuhaus, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 27; Ponto 14 da Nota Explicativa do Secretariado da Uncitral “O critério territorial que regula a maior parte das disposições da Lei Modelo foi adotado por razões de segurança jurídica e (...) a Lei Modelo concede às partes ampla liberdade na elaboração das regras do processo arbitral.”

⁸⁵ José Miguel Júdice, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (anotação ao artigo 10.º)

⁸⁶ Howard Holtzmann, e Joseph Neuhaus, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, pp. 910ss.

Admitindo que as partes podem escolher a sede, correspondendo esta escolha à determinação pelas partes da lei da arbitragem do Estado da sede para a regulação do processo arbitral, a tese territorialista aproxima-se das disposições existentes e da prática arbitral atual. Admite-se o critério convencional na determinação da sede, constituindo esta um centro da atividade do tribunal, ainda que as audiências, as reuniões do tribunal com as partes ou as deliberações dos árbitros tenham lugar em diferentes locais ou mesmo virtualmente.

Baseia-senuma ideia de estabilidade da arbitragem, em que a aplicação da lei de arbitragem da sede prossegue a finalidade do processo e complementa as restantes funções atribuídas à sede da arbitragem: neste entendimento, as partes na arbitragem não querem que esta seja regida por algo que não um conjunto de normas, desejando estabilidade e previsibilidade no processo⁸⁷.

Seria irracional escolherem um conjunto de normas distinto das normas da sede, já que este é o *centro gravitacional* do processo arbitral e não se compreende por que razão as partes queriam complicar um processo que por si é já complexo⁸⁸. Deste modo, as partes controlam o processo desde o momento em que escolhem a lei da sede⁸⁹. Ou seja, as partes deverão escolher uma sede tendo em mente as regras processuais que pretendem aplicadas.

Neste sentido, a presente posição prossegue a natureza privada da arbitragem, acentuando o papel da autonomia das partes, conferindo, porém, na ausência desta, um conjunto de disposições que terão aplicação, oferecendo o preenchimento da *lex arbitri*.

⁸⁷ Roy Goode, “The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, 2001, p. 29; William Park, “Procedural Default Rules Revisited”, 2007, pp. 360-366; William Park, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, 1983, p. 51

⁸⁸ Nigel Blackaby [et al.], *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 2009, p. 185

⁸⁹ Nigel Blackaby [et al.], *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 2009, p. 192: “a certain amount of forum shopping is advisable” - já quenem todos os Estados são sedes idóneas à arbitragem.

2. POSIÇÃO CUMULATIVA⁹⁰:

A posição cumulativa, tendo como principal objetivo garantir o reconhecimento da sentença arbitral⁹¹, consiste na consideração de leis estrangeiras, a par da consideração da lei da sede, por parte dos árbitros para resolverem questões suscitadas no processo arbitral.

A posição que ora apresentamos tem origem na densificação das transações comerciais internacionais verificada na segunda metade do século XX e a concomitante criação de novos Estados e consequente multiplicação de legislações nacionais sobre arbitragem. Surge, então, a necessidade de as leis de arbitragem se autonomizarem das leis de processo de natureza estadual e das suas disposições cujo principal âmbito objetivo de aplicação corresponde a litígios domésticos ou nacionais.

Conforme se refere na Parte II (Antecedentes da Lei Modelo) da nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL sobre a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional⁹²: “Muitas vezes as leis nacionais não se encontravam adequadas aos casos internacionais. (...) A maior parte destas leis, que parecem ser atuais e exaustivas foram feitas tendo em conta sobretudo, senão mesmo exclusivamente, a arbitragem a nível nacional. (...) a consequência negativa é que os conceitos tradicionais locais são aplicados a casos internacionais e não satisfazem as necessidades da prática corrente”.

À preocupação em obter processos arbitrais menos formalistas aliou-se a necessidade de criar um sistema que facilitasse a execução e a força vinculativa das sentenças arbitrais estrangeiras. Este sistema foi assumido pela Convenção de Nova Iorque que veio eliminar o “duplo *exequatur*”, sistema segundo o qual era necessária a declaração de validade pelos tribunais judiciais do país de origem. A execução das sentenças estrangeiras passa a bastar-se com um ato de reconhecimento no lugar onde se pretende que produzam efeitos, não sendo necessária a afirmação de validade no país de origem. Em acréscimo, os fundamentos de recusa de reconhecimento são uniformizados nas

⁹⁰ Também é denominada por “posição Vestefaliana” - Emmanuel Gaillard, “Three Philosophies of International Arbitration in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation”, 2009 ou “posição plurilocalizada” - Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009

⁹¹ Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, p. 8

⁹² Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57; Constitui uma nota do Secretariado da UNCITRAL sobre a Lei Modelo para a arbitragem comercial internacional, sem natureza oficial, que sucede ao comentário preparado pelo Secretariado sobre a versão anterior da Lei Modelo, constante do doc. A/CN.9/264 (reproduzida no anuário UNCITRAL- Vol.XVI- 1985)

relações entre os Estados Contratantes da Convenção e reduzem-se a um elenco fechado.

Na expressão de EMMANUEL GAILLARD⁹³, ocorreu uma “revolução copernicana” do processo arbitral, cujo juízo de validade é feito em função da possibilidade de reconhecimento da sentença. Isto é, admitindo que coexistem diversas soluções aplicáveis ao processo arbitral, a par de diferentes elencos de fundamentos de anulação, pretende-se que, independentemente do lugar onde a decisão seja proferida, a sua execução constitua uma certeza para as partes⁹⁴.

Do mesmo modo, outros autores franceses sublinham a especificidade da arbitragem internacional, que consiste na existência de múltiplas regras de arbitragem que podem ter aplicação: “A prática arbitral internacional afastou-se da aplicação da lei da sede, na falta de convenção das partes nesse sentido. Ao invés, os árbitros detêm plena liberdade de escolha do processo arbitral aplicável, podendo ainda resolver os aspetos processuais de forma casuística, à medida que estes surgem, segundo a conveniência no caso concreto⁹⁵”. Assim, a sujeição exclusiva da arbitragem à lei da sede já não constitui a regra, mas a exceção. Esta realidade resulta no acolhimento da possibilidade de remissão da arbitragem para uma lei estrangeira pelas leis suíça e francesa.

A possibilidade de as partes remeterem a regulação da arbitragem para normas processuais estrangeiras suscita dificuldades de determinação da nacionalidade da sentença, pois certos países não aceitam como nacionais as sentenças proferidas ao abrigo de lei estrangeira, ainda que em seu território. O disposto dificulta a atribuição de competência internacional a tribunais judiciais de Estados com ligações à arbitragem, criando-se, relativamente a estes, conflitos negativos de competência⁹⁶. No seguimento, surge o entendimento de que as sentenças de arbitragem internacional são

⁹³ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008, p. 47

⁹⁴ Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters”, 1983, pp.53-61

⁹⁵ John Savage, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 642

⁹⁶ Embora para Fouchard, Gaillard e Goldman não restem dúvidas de que é no lugar de assinatura da sentença que se determina a nacionalidade desta. No mesmo sentido, entre nós, Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 564.

deslocalizadas, isto é a arbitragem internacional não tem por base legal nenhuma ordem jurídica estadual⁹⁷.

Exemplo disso é o caso *GötaverkenArendal AB v. Libyan General NationalMaritimeTransport Co.*⁹⁸, que versou sobre o contrato de empreitada de tanques petrolíferos celebrado entre uma empresa Líbia e uma empresa Suíça. Foi proposta uma ação de anulação da sentença arbitral no Tribunal Superior Francês – no Estado da sede. Este Tribunal notou que as partes, tendo submetido o litígio às regras de Arbitragem e Conciliação da Câmara de Comércio Internacional, não designaram lei para reger a arbitragem no silêncio daquelas, nem os árbitros determinaram qual seria a lei de arbitragem subsidiariamente aplicável⁹⁹.

Deste modo, o Tribunal conclui que o facto de o tribunal arbitral ter tido sede em França não determina que a lei de arbitragem francesa é aplicável no silêncio das regras da CCI, tendo a determinação da sede sido motivada por razões de neutralidade.

O Tribunal conclui ainda que a sentença não tem nacionalidade francesa, pois para além de a arbitragem não ter sido regida pela lei de arbitragem francesa, nem as partes nem o contrato detêm conexão com França. Assim, o Tribunal recusou ter jurisdição para acção de anulação de sentença de arbitragem da CCI com o fundamento de que “uma sentença proferida num tribunal arbitral em França não é parte integrante da ordem jurídica francesa”.

A doutrina deslocalizadora traduz-se na convicção de que as partes podem prescindir da regulação pela lei da sede dos aspetos externos da arbitragem, isto é da intervenção dos tribunais estaduais na arbitragem, particularmente da ação de anulação da sentença arbitral junto deles.

⁹⁷DejanJanicijevic, “Delocalization in International Commercial Arbitration”, 2005 (*passim*); Jan Paulsson, “Arbitration Unbound, Award detached from the law of its origin”, 1981; Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters”, 1983, pp.53-61

⁹⁸ Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: award detached from the law of its country of origin”, 1981

⁹⁹ Uma vez que o Regulamento de Arbitragem CCI em vigor à data da arbitragem (de Julho de 1976 a Abril de 1978) referia no seu artigo 11.º: “As regras aplicáveis à arbitragem são aquelas constantes no presente Regulamento e, no silêncio destas, as regras escolhidas pelas partes (ou na falta de escolha, pelos árbitros), independentemente de remeterem para um ordenamento nacional ou não.”

Esta convicção não encontra correspondência nem na Lei-Modelo, nem na Convenção de Nova Iorque, nem nas leis nacionais de arbitragem¹⁰⁰ designadamente na LAV¹⁰¹.

No entanto, verifica-se em algumas arbitragens internacionais¹⁰² que o tribunal arbitral confirma se a aplicação da lei da sede a determinada questão processual potencia o reconhecimento da sentença. Isto é, ainda que o tribunal aplique a solução prevista na lei da sede ou uma outra solução convencionada pelas partes, é verificado se haverá repercussões negativas na exequibilidade da sentença, tendo em conta as disposições da Convenção de Nova Iorque, quando aplicável ou outras disposições nacionais que estabelecem critérios de recusa de reconhecimento das sentenças.

Tem surgido o entendimento¹⁰³ de que os árbitros detêm liberdade para aplicarem a regra que, tendo conexão com o litígio, com as partes ou com o tribunal, assegura da melhor forma que a sentença será executada nos lugares potenciais de execução. Ainda que seja hoje amplamente aceite a ideia de que as regras da sede sobre a ação de anulação ou sobre a ação de reconhecimento da decisão não podem ser afastadas, entendem certos autores que no decurso do processo os árbitros detêm discricionariedade na escolha das soluções processuais, a par da obrigação que sobre eles impende de ponderação de todas as regras que podem ser aplicáveis. Esta ideia pressupõe um poder-dever dos árbitros na produção de sentenças arbitrais exequíveis.

É neste entendimento que consiste a posição cumulativa, que parte da necessidade de o tribunal arbitral, quando confrontado com disposições imperativas de lugares diferentes da sede, ponderar se deve atender a todas elas.

¹⁰⁰Section 2 (1) Arbitration Act (Lei de Arbitragem Inglesa); 1025.º (1) Lei Alemã; art. 1.º (1) Lei Espanhola; A propósito da dissonância entre as legislações nacionais e a doutrina deslocalizadora, “Há um conflito inevitável na arbitragem internacional que resulta da mistura da vontade das partes com o poder público. Se se pretender que a convenção de arbitragem venha a ser mais do que um pedaço de papel, cumpre invocar normas nacionais que colidem com a doutrina da arbitragem deslocalizada” – Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1998, p. 495; Na versão original: “an inevitable tension results from this mixture of private consent and public power. Aspiration to a delocalized dispute resolution collides with the national norms that must sometimes be invoked if an arbitration agreement is to be more than a piece of paper.” No mesmo sentido, Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, p. 2-afirma existir um paradoxo na arbitragem internacional entre a pretensão de autonomia desta face aos Estados e a simultânea dependência dos Estados para que sejam atribuídos efeitos à sentença arbitral.

¹⁰¹Vide Dário Moura Vicente, *Lei de Arbitragem Anotada*, 2012 (anotação ao art. 61.º)

¹⁰²Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990), Caso CCI n.º 4695

¹⁰³ Sobre este assunto: Manuel Botelho da Silva, *A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, 1999; Stavros Brekoulakis, “Law Applicable to Arbitrability”, 2009, p. 113.

No caso CCI n.º 4695, o tribunal arbitral, sediado em Paris, desconsiderou os artigos 1073.º e 1074.º do Código de Processo Civil brasileiro que continham requisitos do compromisso arbitral, cuja inobservância determinava a nulidade do mesmo, com a consequência de o litígio não poder ser resolvido por via arbitral.

A nulidade do compromisso arbitral, e a consequente falta de jurisdição do tribunal, foram suscitadas pelo demandado brasileiro.

As partes (de nacionalidade brasileira, panamiana e norte-americana) haviam submetido a arbitragem às regras da Câmara de Comércio Internacional. No entanto, o tribunal apreciou a adequação da aplicação das normas do Código de Processo Civil Brasileiro, concluindo pela inadequação das mesmas à arbitragem internacional¹⁰⁴: “Negar a jurisdição do tribunal arbitral, invocando a inobservância de dois requisitos de relevância menor (assinatura das partes na presença de testemunhas e indicação do valor pedido), os quais são pensados para a arbitragem interna, seria atentar contra os princípios da boa-fé e da relatividade contratual.”

O tribunal arbitral não tomou uma posição, não optando nem pela posição territorialista, nem pela posição cumulativa. Argumentou aliás que os princípios da relatividade contratual e da boa-fé prevalecem face às normas do Código de Processo Civil brasileiro, as quais não podem ser consideradas normas imperativas, por um lado, nem normas imperativas a atender na arbitragem, por outro, pois sendo de aplicar a lei da sede não cumpria aplicar a lei brasileira, mas a lei francesa.

O exemplo oferecido demonstra, aliás, que a consideração de todas as ordens jurídicas em contacto com o litígio é prejudicial à condução expedita do processo. Demonstra ainda que admitir-se esse exercício como uma prática arbitral, corresponde a permitir o recurso à mesma pela parte demandada, visando uma manobra dilatória da arbitragem.

Segundo este entendimento, os deveres dos árbitros não resultam de uma determinada ordem jurídica, mas da vontade das partes em submeterem certo litígio ao tribunal arbitral, pretendendo uma solução vinculativa para o mesmo.

¹⁰⁴Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990), 1992 - Decisão interlocutória de novembro de 1984, no caso n.º 4695: "It would be against the contractual will and good faith to deny now the jurisdiction of the agreed arbitration tribunal, by demanding the literal observance of two minor procedural requirements obviously intended for domestic arbitration."

Parte-se assim do pressuposto de que os árbitros não atuam nos limites de uma determinada ordem jurídica, nem nos limites do ordenamento jurídico da sede, mas em conformidade com todas as ordens jurídicas nas quais a decisão possa vir a produzir efeitos, sendo que nenhuma prevalece sobre outra¹⁰⁵.

Neste sentido, a figura do árbitro afasta-se da figura do juiz, pelo menos no que respeita à fonte dos seus poderes de gestão e organização processuais. A autoridade jurisdicional dos árbitros resulta da convenção de arbitragem, a qual impõe finalidade ao litígio, sendo este o fim último do processo arbitral¹⁰⁶. É também este o pressuposto da posição cumulativa, que expomos.

Pressuposto desta posição é igualmente que a escolha da sede pelas partes ou a sua determinação pelos árbitros pode ter motivação fortuita, de mera conveniência, ou visando acolher uma arbitragem com pretensões de neutralidade¹⁰⁷. Pode suceder que a cultura jurídica da sede e a cultura jurídica das partes e dos árbitros seja distinta. Com efeito, embora a lei de arbitragem vigente possa constituir um critério decisivo no momento de determinação da sede da arbitragem, não é critério único.

A par da lei de arbitragem da sede e das convenções internacionais que nela vigoram, pode igualmente motivar a escolha da sede o facto de nenhuma das partes ter afinidade cultural com o lugar¹⁰⁸.

Neste sentido, recusa-se a determinação da *lexarbitri* através do critério da sede, admitindo-se que as decisões tomadas pelos árbitros em matéria processual sejam motivadas por disposições diversas, contidas na lei da sede e em leis dos foros previsíveis de execução. Cumpre aos árbitros ponderar todas as disposições, optando por aquela que melhor assegura a possibilidade de execução.

Para os defensores da posição cumulativa, a *lexarbitri* consiste no conjunto das ordens jurídicas estaduais que potencialmente tenham relação com o litígio, isto é nas quais a decisão arbitral seja suscetível de produzir efeitos. Contrariamente à tese territorialista,

¹⁰⁵ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 459 e Jan Paulsson, “Arbitration Unbound, Award detached from the law of its origin”, 1981

¹⁰⁶ Jan Paulsson, “Arbitration Unbound, Award detached from the law of its origin”, 1981, p.364

¹⁰⁷ Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters”, 1983, p. 56; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 1313

¹⁰⁸ Sobre o conceito de sede neutral na Arbitragem Internacional e procurando sumariar os fundamentos verificados na prática para escolha da sede: Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 555

não contém exclusivamente as normas imperativas da lei da sede¹⁰⁹. A *lexarbitri* é composta por normas imperativas e normas de ordem pública dos potenciais foros de reconhecimento, bem como da lei da sede, ou de outra lei com proximidade ao litígio¹¹⁰.

Assim sendo, para um tribunal arbitral decidir sobre as matérias que integram a *lexarbitri*, na definição adotada *supra*¹¹¹, designadamente sobre a sua competência, a arbitrabilidade do litígio, a constituição do tribunal, os deveres dos árbitros, a escusa ou renúncia destes, a possibilidade de decretar providências cautelares, o modo de condução do processo, a intervenção de terceiros ou a forma de decidir, deve ponderar as disposições da lei da sede, com todas as disposições relevantes na lei de proveniência das partes, particularmente se for previsível que a sentença produza efeitos em qualquer delas.

Procurando demonstrar a bondade do modelo em análise, PAULSSON realiza uma comparação com o que sucede num contrato assinado em Munique, entre um consórcio Japonês e um empresário Americano, que versa sobre uma prestação de serviços no Médio Oriente. Do contrato decorrem obrigações e outras consequências jurídicas, as quais se devem à importância que é atribuída ao contrato pelas várias ordens jurídicas envolvidas¹¹². Naturalmente, as várias ordens jurídicas envolvidas terão o poder de controlar os efeitos que vierem a ser produzidos no seu âmbito de jurisdição, mas isso não é o mesmo que dizer que a natureza jurídica do contrato nasce independentemente das ordens jurídicas. Nasce antes em conformidade com todas elas. Ou seja, também a sentença arbitral terá origem num conjunto de ordens jurídicas e estará sujeito à lei da arbitragem de todas elas.

Quanto mais densa for essa lei da arbitragem, mais difícil será obter uma sentença eficaz.

- **Análise crítica:**

Têm sido apontadas diversas desvantagens à presente posição.

¹⁰⁹Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 456

¹¹⁰ Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters”, 1983, p.57; DejanJanicijevic, “Delocalization in International Arbitration”, 2005, p. 64

¹¹¹*Vide* páginas 6 a 9

¹¹² Jan Paulsson “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, p. 8

A arbitragem torna-se excessivamente onerosa para as partes, sendo prejudicada a celeridade enquanto característica da arbitragem, pois os árbitros terão de apreciar os vários ordenamentos jurídicos conexos com o litígio sempre que relativamente ao resultado da arbitragem existam pretensões de execução plurilocalizadas¹¹³.

É igualmente criticável a escolha da lei de arbitragem segundo os pressupostos da presente posição por resultar na aplicação da lei menos favorável à arbitragem¹¹⁴. Assim, se estiver em causa a arbitrabilidade do litígio e a lei do lugar de execução for menos permissiva em matéria de arbitrabilidade do que a lei da sede, prevalecerá a lei do lugar de execução. Isto é, o tribunal arbitral não terá jurisdição para aquela causa em concreto, ainda que a lei da sede lhe conferisse essa jurisdição.

Esta consequência é especialmente grave do ponto de vista da segurança jurídica se, perante um litígio com o mesmo objeto, um outro tribunal arbitral na mesma sede, com base numa disposição diferente, se determine competente para o julgar.

Deste modo, não é acrescentado qualquer benefício comparativamente àquele que seria obtido através do modelo territorialista. É que no modelo territorialista, a arbitragem é sujeita à lei do lugar em que ela decorre, mas as partes mantêm a faculdade de escolher esse lugar, determinando indiretamente a regulação da arbitragem, em todos os aspetos do processo que não forem por elas diretamente determinados.

Pelo contrário, o domínio das partes em relação ao lugar de execução da decisão é reduzido. Lugares potenciais de execução da decisão constituem, designadamente o lugar onde o devedor detém o seu património ou o lugar onde ele está domiciliado. Ainda que o lugar de execução tenha sido estipulado pelas partes, essa estipulação ocorre em momento anterior ao litígio, pelo que pode não ter sido tida em conta a lei de arbitragem desse lugar.

Também é questionada a utilidade efetiva desta posição, face à importância que ela atribui às disposições da lei dos foros de reconhecimento para este efeito¹¹⁵, sem correspondência com o papel que essa lei desempenha na realidade arbitral. Para apreciarmos a bondade desta afirmação, cumpre responder a duas questões: em primeiro

¹¹³ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 459 e Jan Paulsson, “Arbitration in ThreeDimensions”, 2009, p. 8

¹¹⁴ Emmanuel Gaillard, “Three Philosophies of International Arbitration in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation”, 2009

¹¹⁵ Jan Paulsson “Arbitration in Three Dimensions”, 2009

lugar, qual o papel da lei do reconhecimento em arbitragem internacional; e em segundo lugar se resulta do mandato de árbitro o dever de produzir sentença eficaz, isto é uma sentença que seja reconhecida e passível de ser executada sempre que o processo de reconhecimento for suscitado.

A posição cumulativa pressupõe que mais importante do que a sentença ser válida no lugar de origem é que seja reconhecida no previsível foro de execução, sempre que se registre uma divergência entre estes dois locais.

Independentemente do entendimento adotado relativamente ao conteúdo da *lex arbitri* em arbitragem internacional, as sentenças proferidas serão objeto de verificação de validade perante os tribunais judiciais em duas situações: nos tribunais da sede, no caso de uma parte propor ação de anulação; e nos tribunais judiciais do lugar de reconhecimento, no caso de ser iniciado o processo de reconhecimento da sentença, quando se pretenda que ela seja executada em país diferente da sede do tribunal.

Em matéria processual, constitui fundamento de recurso de anulação nos termos do artigo 46.º LAV a violação no processo do princípio do contraditório, da igualdade de tratamento das partes ou do direito de defesa, desde que a referida violação tenha tido influência decisiva na resolução do litígio¹¹⁶.

Constitui igualmente fundamento de anulação a desconformidade da composição do tribunal arbitral ou do processo arbitral com a convenção das partes ou com uma disposição imperativa da lei, se a desconformidade tiver resultado na atribuição de uma diferente solução ao litígio.

Constituem ainda fundamentos de anulação a inarbitrabilidade objetiva do litígio e a violação de princípios de ordem pública internacional do Estado Português, correspondente ao núcleo essencial de princípios, presentes do Direito Transnacional¹¹⁷.

Os fundamentos de anulação da LAV correspondem aos fundamentos de anulação previstos na Lei-Modelo, com a particularidade de se verificar ao abrigo da LAV requisitos mais exigentes para a anulação de sentenças arbitrais com fundamento em (i) desconformidade da constituição do tribunal ou da condução do processo com a vontade

¹¹⁶ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp.295ss

¹¹⁷ José Robin de Andrade, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (anotação ao artigo 46.º); Sofia Martins, “Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública”, 2012.

das partes ou com as disposições imperativas da lei da sede; (ii) violações de princípios de justiça processual¹¹⁸.

Para que uma sentença estrangeira possa ser executada, deve ser reconhecida pelos tribunais judiciais do lugar de execução. A Convenção de Nova Iorque dispõe sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, delineando certos requisitos no decurso do processo arbitral, impondo as qualidades mínimas à arbitragem para que o seu resultado (a sentença arbitral) seja reconhecido nos locais onde se pretende que ela produza efeitos.

No seu artigo V, estabelece-se que a arbitragem internacional tem de ser conduzida em observância do princípio do contraditório e do direito de defesa. É igualmente fundamento de recusa do reconhecimento e de execução da sentença arbitral a contrariedade à ordem pública processual, o que abrange os princípios do processo justo¹¹⁹.

Conforme será referido *infra*¹²⁰, o método convencional suscita dificuldades de interpretação do conteúdo dos instrumentos de natureza convencional. Tais dificuldades são supridas através de anotações doutrinárias que as esclarecem e oferecem certa uniformidade interpretativa. Designadamente, ALBERT VAN DEN BERG¹²¹ sustenta que os princípios de *dueprocess* salvaguardados no art. V (1) b) da CNI devem ser interpretados segundo o entendimento transnacional que vigora quanto a eles. Do mesmo modo, a ordem pública cuja violação constitui fundamento de recusa de reconhecimento da sentença, ao abrigo do art. V (2) b), integra a ordem pública processual. Deverá ser entendida segundo a ordem pública transnacional, ao invés de se realizar uma interpretação no âmbito da ordem pública interna do lugar do reconhecimento¹²².

¹¹⁸ Art. 46.º (3) a) ii), iv) - Em ambos os casos, a procedência do recurso de anulação é condicionada à demonstração de influência decisiva na decisão da desconformidade ou violação: José Robin de Andrade, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (anotação ao artigo 46.º); Manuel Pereira Barrocas, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2013 (anotação ao artigo 46.º); Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp.295ss; Mário Esteves de Oliveira (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária*, 2014 (comentário ao artigo 46.º);

¹¹⁹ Luís de Lima Pinheiro, *Curso de Direito Internacional Privado*, Vol.III, 2012, p.595; Albert Van den Berg, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, 1981, p. 327;

¹²⁰ Páginas 46 ss.

¹²¹ Albert Van den Berg, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, 1981, pp. 299 ss.

¹²² Contra, Rui Moura Ramos, *A arbitragem internacional no novo Direito Português*, 2012

Porém, na prática, a lei do lugar de reconhecimento desempenha um papel mais relevante do que aquele que lhe é conferido pelos instrumentos normativos de fonte internacional se os tribunais do lugar do reconhecimento interpretarem o art. V (2) b) da Convenção de Nova Iorque no sentido de conferirem relevância à ordem pública da lei do lugar de reconhecimento. É o que sucede no acórdão do S.T.J. do Processo n.º 299/2009, de 19 de Março de 2009:

“I – Em função do estabelecido na Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, Portugal reconhece e executa a sentença arbitral prolatada noutro estado contratante nos termos das regras adotadas no ordenamento jurídico nacional.”

Creemos, porém, que tal entendimento não é de acompanhar. A interpretação de instrumentos internacionais deve ser realizada à luz da *usuaratio*. A Convenção de Nova Iorque pretendeu oferecer critérios uniformes de recusa de reconhecimento de sentenças estrangeiras, circunscrevendo-os a situações excepcionais. Deste modo, apenas é efetuada alusão expressa à lei do lugar de reconhecimento, para efeitos de recusa do reconhecimento com fundamento na Ordem Pública. A lei do lugar de reconhecimento não releva para efeitos das alíneas do n.º 1 do artigo V, apenas devendo ser tida em conta a lei do lugar de reconhecimento quando é feita expressa remissão para a mesma. O oposto resultaria no carácter menos restritivo dos fundamentos de recusa de reconhecimento.

O desrespeito da convenção das partes quanto à lei aplicável também consiste num fundamento de recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral. Apenas na ausência de convenção das partes quanto à lei aplicável ou na falta de remissão para um regulamento de arbitragem, a descon sideração das disposições da lei da sede por parte do tribunal arbitral pode impedir o reconhecimento da sentença.

Com efeito, segundo a CNI, as disposições da lei da sede têm aplicação subsidiária relativamente à autonomia privada das partes, em matéria de conformação do processo¹²³, não lhes sendo impostos limites expressos, para além dos limites estabelecidos em outras alíneas do art.º V, particularmente os princípios de *due process*. Também a Lei-Modelo baliza a validade da sentença arbitral em matéria de processo

¹²³ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 468

nos mesmos moldes, tendo sido reproduzido no seu art.º. 34.º, o conteúdo do art.º. V da CNI.

Na verdade, se interpretarmos a Lei-Modelo em conformidade com o conteúdo do Documento das Nações Unidas n.º A/40/17, ou seja, com consideração da natureza internacional da arbitragem, da necessidade de promoção da uniformidade e de respeito pela boa-fé, bem como em conformidade com a possibilidade conferida pelo artigo 19.º de determinação das regras de processo, sendo transferido para o tribunal após a constituição do tribunal o poder discricionário para a conformação do processo, concluímos que da violação de regras constantes da lei de arbitragem do Estado da sede resultam consequências apenas em situações limitadas, mas a conformidade com a lei do lugar do reconhecimento só se impõe nos termos do artigo V (2) b) CNI, ou seja para efeitos de ordem pública desse lugar de reconhecimento. Ou seja, a ordem jurídica do lugar de reconhecimento tem um papel diminuto, que releva apenas em momento posterior ao da prolação da sentença.

Por outro lado, o mandato de árbitro não inclui o dever de produzir sentença eficaz, isto é uma sentença que possa ser reconhecida executada sempre que o processo de reconhecimento for suscitado.

Se fôssemos admitir a existência de tal dever, seríamos deparados com a dificuldade, desde logo de determinar a sua fonte legal. As legislações nacionais normalmente não incluem esse dever. Não resulta um dever de fonte legal em proferir uma sentença que ofereça certeza de execução e reconhecimento à luz das convenções internacionais sobre a matéria, nem da legislação nacional, nem da Lei-Modelo.

Não assentando em qualquer fonte legal, se o dever estivesse inerente ao mandato de árbitro, não se verificaria qualquer responsabilidade pelo incumprimento do mesmo, pois, não estando legalmente previsto, também não se prevê uma sanção para o efeito e do regime genérico da responsabilidade dos árbitros não resulta a responsabilidade por não terem proferido uma sentença eficaz¹²⁴.

¹²⁴Sobre o âmbito restrito da responsabilidade dos árbitros, *Vide* na LAV86 Manuel Henrique Mesquita, “Arbitragem. Competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, in: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, p. 1387; na atual LAV, José Miguel Júdice, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2012 (anotação ao art. 9.º); 15. , Suzana SantiCremasco, “A Responsabilidade Pelo Exercício Da Função Jurisdicional Do Árbitro”; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 198 ss.; Mário Esteves de Oliveira (coord.), *Lei da Arbitragem*

É notório que o modelo cumulativo, embora pretendendo afastar-se da lei da sede, não supera o legalismo em cuja crítica os seus pressupostos são assentes. Segundo este modelo, a origem do dever de proferir sentença eficaz tem de radicar em disposições legais, presentes em qualquer lei diretamente conexa com o litígio.

Assim sendo, a posição cumulativa traduz-se necessariamente em uma das seguintes situações:

- Os árbitros verificam que todas as ordens jurídicas nas quais a decisão possa vir a produzir efeitos estão em consonância e a apreciação de todas as normas de arbitragem potencialmente aplicáveis resulta apenas na segurança por parte dos árbitros de que produzem uma decisão que certamente será reconhecida; ou,
- Confrontados com uma norma imperativa de natureza processual constante da lei de um previsível foro de reconhecimento da decisão, que não consta da lei da sede, os árbitros deverão aplicá-la; ou,
- Confrontados com uma norma imperativa de natureza processual constante da lei da sede, que não consta da lei de um previsível foro de reconhecimento da decisão, os árbitros deverão aplicá-la; ou,
- Confrontados com normas imperativas em sentido divergente, contidas na lei da sede e na lei de um previsível foro de reconhecimento da decisão, a perspectiva cumulativa não representa uma solução.

A título de exemplo, quando uma lei com conexão com o litígio inclua uma norma que traduz o princípio, segundo o qual as partes deverão invocar todas as normas nas quais fundam a sua causa, mas vigora no lugar da sede o princípio *iuranovitcuriae*, que permite aos árbitros na elaboração da decisão o recurso a normas não discutidas pelas partes, os árbitros terão em consideração apenas as normas discutidas no processo. Porém, quando na arbitragem são conjugados com a mesma intensidade aqueles dois princípios, um terá de prevalecer sobre o outro. Dificilmente os árbitros escolherão fazer prevalecer o princípio que não vigora no ordenamento da sede, sem que as partes o admitam por escrito.

Voluntária, 2014 (comentário ao artigo 9.º); No Direito da Arbitragem Internacional: GaryBorn, *InternationalArbitration— LawandPractice*, 2012, p. 144; GaryBorn, *InternationalCommercialArbitration*, 2009, pp. 1596-1598

Pelo contrário, na ausência de acordo das partes, os árbitros tendem a escolher os princípios e as regras vigentes na lei da sede, porque assim proferem uma decisão mais consistente, com menor possibilidade de ser objeto de recurso de anulação procedente.

Em suma, sobre a presente tese pode afirmar-se que não é possível concluir que da cumulação de normas arbitrais conflituantes se retire a segurança necessária para a escolha de uma lei de arbitragem. Por outras palavras, a posição cumulativa pode ser reconfortante quando de todas as alternativas possíveis se retira um mesmo resultado. Porém, não oferece orientação ao tribunal quando este se depara com um *derradeiro conflito*¹²⁵ – se surgirem resultados diferentes das leis potencialmente aplicáveis, esta posição não facilita a opção por uma delas. Confrontados com normas imperativas constantes da lei da sede que sejam contraditórias com normas imperativas de um foro de reconhecimento, quais devem prevalecer? A posição presente não oferece uma resposta inequívoca, não sendo de valorar.

¹²⁵Cf. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, p. 2130

3. POSIÇÃO TRANSNACIONAL¹²⁶

Numa terceira abordagem ao problema da lei aplicável à arbitragem internacional, EMMANUEL GAILLARD¹²⁷ propõe que o fundamento do poder dos árbitros (e dos seus limites) reside numa ordem jurídica autónoma. Segundo esta ideia, também a regulação dos aspetos processuais da arbitragem internacional tem origem transnacional, detendo autonomia face a qualquer ordem jurídica estadual – seja da sede ou do lugar de execução.

A autonomia da aludida ordem jurídica resulta de ela ser independente das disposições legais de origem estadual. A *lex arbitri* corresponde ao conjunto das melhores práticas da arbitragem internacional¹²⁸, as quais são acolhidas pelo conjunto dos Estados pelo método de unificação do Direito da arbitragem. Deste modo, esta perspetiva não se confunde com a perspetiva deslocalizada da arbitragem¹²⁹. Pelo contrário, os limites dos poderes dos árbitros na arbitragem resultam de regras escritas, aprovadas por todos os Estados, destinadas à regulação da realidade específica da arbitragem internacional. Os criadores da presente posição entendem que o meio arbitral é dinâmico, o que pressupõe a sua evolução no sentido do acolhimento das melhores práticas em oposição às práticas contidas nas leis nacionais de arbitragem. Como corolário deste aspeto, é apontado o facto de as práticas arbitrais utilizadas nos diversos centros de arbitragem institucionalizada terem-se tornado semelhantes, a par da uniformização das práticas dos tribunais arbitrais constituídos *ad hoc*, independentemente da sua sede.

Os pressupostos na base da corrente transnacional são semelhantes àqueles em que tem apoio a posição cumulativa. Entende-se que os árbitros atuam ao serviço da comunidade internacional, não proferindo sentenças em nome de nenhum Estado ou de nenhuma jurisdição estadual¹³⁰. A sua função jurisdicional fundamenta-se no serviço prestado à comunidade transnacional¹³¹. Ou seja, como não atuam em nome do Estado, não se vinculam à sua ordem jurídica, nem à sua lei de arbitragem.

¹²⁶ Usamos a expressão “posição transnacional”, por ser mais simples do que “ordem jurídica arbitral autónoma”, utilizada por Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008.

¹²⁷ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008, pp. 60ss.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ Que referimos *supra* – ponto II-2. da dissertação.

¹³⁰ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008, pp. 60ss.

¹³¹ *Idem*.

Pelo contrário, a legitimidade das decisões arbitrais resulta da necessidade de resolução dos litígios entre o conjunto de operadores do comércio internacional. O mesmo é dizer que sendo a arbitragem o método normal de resolução de litígios do comércio internacional, a partir do momento em que é firmada uma convenção de arbitragem, está-se perante a verificação do pressuposto de aplicação da ordem jurídica arbitral¹³². Deste modo, existe um domínio de regulação do espaço internacional pelo qual a arbitragem internacional é abrangida, que corresponde às atividades praticadas por um conjunto homogêneo de operadores do comércio internacional¹³³.

Outro pressuposto é a necessidade de simplificação dos poderes dos árbitros, já que aplicam unicamente regras transnacionais da arbitragem, que consistem naquelas regras habitualmente utilizadas pelos centros de arbitragem e naquelas regras constantes em convenções bilaterais ou multilaterais assumidas pelos Estados para determinadas matérias. Ou seja, trata-se de uma ordem jurídica fundada na atividade normativa dos Estados, mas que se distingue desta ao aproveitar apenas aquelas normas “amplamente reconhecidas” pela prática.

Apoia-se em certa jurisprudência arbitral, na qual princípios de direito internacional são aplicados em detrimento do disposto na lei processual da sede: Exemplo é o caso CCI n.º 1512, de 1971 - *IndianCement v. PakistaniBank*¹³⁴.

Igualmente, na Arbitragem LIAMCO v. Libya (ad hoc, 1977), O árbitro convocou uma audiência preliminar em Londres, a 9 de Junho de 1975, à qual apenas o autor compareceu. Ao abrigo da cláusula 28.º do Regulamento CCI, o árbitro decidiu que a sede da arbitragem seria Genebra, mantendo-se a possibilidade de realizar audiências e reuniões em outros locais. Foi estabelecido que o árbitro, ao longo da arbitragem, deveria guiar-se tanto quanto possível, por princípios gerais contidos na *DraftConventionon Arbitral Procedure*, elaborada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional, em 1958¹³⁵. Ou seja, o árbitro regeu-se por princípios transnacionais ao invés de qualquer lei de arbitragem nacional.

¹³² Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 416

¹³³ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'ArbitrageInternational*, 2008, pp. 60 ss.

¹³⁴ Excertos disponíveis em: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=201513>

¹³⁵ A regulação do processo foi realizada à luz da *DraftConventiononArbitralProcedure* do Comité de Direito Internacional das Nações Unidas (1958), disponível em: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

- **Análise crítica:**

A existência de instrumentos transnacionais de regulação da arbitragem é uma realidade. A Convenção de Nova Iorque constitui o exemplo mais conhecido de um instrumento vocacionado para as necessidades específicas da arbitragem internacional. Preserva pela utilidade das sentenças arbitrais proferidas em território estrangeiro, conferindo primazia à natureza privada da arbitragem e acentua a função reguladora da autonomia das partes no seu decurso.

Com efeito, o conteúdo do seu artigo V (1) d) acentua a primazia da autonomia privada na arbitragem internacional sobre a legislação de arbitragem da sede. Admite mesmo um acordo das partes que contraria normas imperativas da lei da sede¹³⁶.

Contrariamente, a LAV (a par de outras legislações nacionais) é mais exigente na conformidade do processo arbitral com as mesmas. Ainda que se verifique um acordo entre as partes, o mesmo não pode derrogar disposições imperativas da lei da sede¹³⁷.

Este aspeto suscita um problema para os árbitros internacionais, quando se confrontam com disposições na convenção de arbitragem que são contraditórias com disposições imperativas que constam da lei da sede.

Exemplo do mencionado regista-se quando na presença de uma disposição imperativa na lei da sede que impõe que o tribunal arbitral seja constituído por um número ímpar de árbitros, as partes nomeiam árbitros em número par¹³⁸.

Em verdade, a consideração apenas do disposto na convenção de Nova Iorque simplifica o processo arbitral e a tomada de decisão dos árbitros.

No entanto, a alínea e) do art.º V (1) mantém a colaboração da lei da sede, criando a possibilidade de recusa na eventualidade de se verificar um recurso de anulação da sentença julgado procedente pelos tribunais da sede. Ou seja, mesmo em arbitragem internacional, os fundamentos de anulação da lei da sede, que variam em função da sede do tribunal, mantêm relevância, condicionando a exequibilidade da sentença.

¹³⁶ Albert Van den Berg, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, 1981, p. 329; Henri Motulski, *Écrits, vol III - Études et notes sur l'arbitrage*, 1974, p. 302

¹³⁷ Artigo 46.º (3) a) iv) LAV

¹³⁸ Ver *infra* a resposta a esta questão, pp. 61 ss..

HENRI MOTULSKI, nos seus trabalhos de 1974, profetizava algo próximo do que é defendido na posição transnacional, embora de uma forma menos ambiciosa.

Afirmava que o caminho se encontrava “aberto à elaboração de uma nova lei: a carta do comércio internacional”¹³⁹, que determinaria regras vocacionadas para a arbitragem internacional, totalmente distintas das regras existentes para regular a arbitragem interna.

Não admitindo a existência de sentenças a-nacionais, o autor perspectivava a Convenção de Nova Iorque como o início da autonomia da arbitragem internacional, enquanto processo cuja condução se havia de libertar das legislações nacionais.

Não se verificou porém a elaboração de uma *carta do direito da arbitragem internacional*.

O Comité de Direito Internacional das Nações Unidas realizou um esforço de uniformização ao esboçar uma Convenção sobre o Processo Arbitral em 1975¹⁴⁰, a qual não foi objeto de uma versão definitiva, pelo que aquele esforço foi apenas obtido através da Lei-Modelo sobre a arbitragem comercial, carecendo esta de carácter normativo. A Lei-Modelo pretendeu oferecer soluções adequadas ao processo arbitral como um todo (e não só no momento após a sentença ter sido proferida) no espaço transnacional, bem como sugerir um conjunto de regras supletivas em prossecução das necessidades de segurança e previsibilidade das partes.

Não tem assim carácter normativo, servindo apenas o propósito de aproximar as várias legislações nacionais.

Nesta perspectiva, entendemos que as previsões de HENRI MOTULSKI foram concretizadas. No entanto, as fontes internacionais existentes não dispensam o apoio nas leis de arbitragem nacionais.

A defesa da verificação de uma ordem jurídica arbitral é inviabilizada em virtude da deficiência da mesma no plano das fontes¹⁴¹. As fontes normativas transnacionais existentes materializam-se em Convenções Internacionais sobre Arbitragem

¹³⁹ Henri Motulski, *Écrits, vol III - Études et notes sur l'arbitrage*, 1974, p. 303

¹⁴⁰ [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf)

¹⁴¹ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, pp.449ss

Internacional, as quais correspondem a um esforço de uniformização, que assenta em métodos falíveis¹⁴².

O método convencional tem expressão na Arbitragem Internacional, sendo adotado designadamente pela Convenção de Nova Iorque e pela Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Trata-se de instrumentos que, tendo origem supraestadual, detêm força normativa, sendo acolhidos pelas ordens jurídicas nacionais, perante as quais prevalecem. Pecam, porém, desde logo, na medida em que o seu âmbito objetivo é restrito respetivamente às matérias do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras e das garantias processuais fundamentais que devem ser respeitadas em qualquer processo para que este seja considerado válido.

A referida limitação relaciona-se com a natureza dinâmica da arbitragem internacional em contraposição com o efeito estabilizador do método convencional¹⁴³. A elaboração de Convenções, para que as mesmas sejam bem-sucedidas na sua vocação normativa, deve compreender apenas matérias compatíveis com soluções estáveis e duradouras. Isto resulta do facto de a atividade convencional ser pautada por visões divergentes por parte dos Estados signatários, as quais forçam a que sejam feitas cedências, pelo que as matérias fraturantes, relativamente às quais não se verificam perspetivas uniformes, são deixadas de fora do instrumento de regulação transnacional. Ora, é precisamente em relação a essas matérias que instrumentos transnacionais fazem falta.

Constitui igualmente uma limitação do método convencional o âmbito subjetivo dos instrumentos desta natureza: apenas tem aplicação o disposto na Convenção pelos tribunais dos países signatários.

Deste modo, a tese da ordem jurídica arbitral autónoma não pode proceder. A referida ordem jurídica não tem autonomia por depender da atividade signatária dos Estados em Convenções Internacionais¹⁴⁴. A noção de ordem jurídica não se compadece com a realidade existente, nem com as pretensões da presente tese.

¹⁴² Sobre as limitações dos métodos de unificação *vide* Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2008, pp. 80-106

¹⁴³ Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 2008, pp. 80-106

¹⁴⁴ Jan Paulsson, "Arbitration in Three Dimensions", 2009, p. 13

O conceito de ordem jurídica traduz-se em “um sistema próprio de normas, criadas pelo Estado ou sob a sua autoridade, de que a cada Estado pertence um espaço jurídico, no seio do qual vigoram aquelas normas e as que, provenientes de sistemas estranhos, o Estado recebe, e de que cada Estado se traduz numa convivência jurídica desenvolvida, nos quadros do seu espaço jurídico, ao abrigo das suas normas ou de outras que permite que aí sejam aplicadas¹⁴⁵¹⁴⁶”.

A noção de ordem jurídica apresentada força à regulação transversal das matérias da arbitragem internacional, o que não pode ser obtido exclusivamente através do método convencional, inversamente ao que alude EMMANUEL GAILLARD¹⁴⁷.

A noção de ordem jurídica requer ainda que se verifique ligação com determinado Estado. GAILLARD ultrapassa este obstáculo defendendo que se verifica ligação dos instrumentos transnacionais com a totalidade dos Estados signatários¹⁴⁸. Porém, a ausência de autonomia em relação aos Estados esvazia a posição de GAILLARD de efeito útil, ao nada acrescentar à tese territorialista.

A nosso ver, não obstante não ser defensável a existência de uma ordem jurídica arbitral, verifica-se certo grau de transnacionalidade na arbitragem internacional, a qual adquire um conjunto de práticas de relevância bastante para se acentuarem e autonomizarem relativamente à sede da arbitragem.

Tais práticas próprias da arbitragem não resultam de iniciativa Estadual, mas constituem procedimentos experimentados e reiterados na arbitragem internacional.

Com efeito, fora do âmbito das arbitragens *ad hoc*, quando a condução da arbitragem é remetida para centros de arbitragem institucionalizada, o ordenamento jurídico da sede pode assumir um papel secundário. A título de exemplo, ainda que a lei da sede não preveja a possibilidade de o tribunal arbitral decretar medidas cautelares e provisórias, prevalecerá tal possibilidade ao abrigo do artigo 28.º do Regulamento de Arbitragem CCI, quando as partes tenham remetido para aquele a regulação do procedimento arbitral.

¹⁴⁵ Marcelo Caetano, *Direito Constitucional – Vol. I*, 1977, p. 168

¹⁴⁶ Do mesmo modo, Jorge Bacelar Gouveia configura a Ordem Jurídica como o conjunto de fontes (internas e externas), de criação estatal, para regulação das matérias com as quais o Estado se preocupa – *Manual de Direito Constitucional – Vol. I*, 2007, pp. 713ss

¹⁴⁷ Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009, pp.16ss

¹⁴⁸ Emmanuel Gaillard, *Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*, 2008

Ou seja, neste aspeto em particular, como em todos os outros aspetos regulados pelo Regulamento de Arbitragem da CCI, independentemente da sede do tribunal, a *lex arbitri* primária será o Regulamento, mesmo nas disposições que contrariem disposições imperativas da lei da sede.

É neste sentido, e partilhando os pressupostos de GAILLARD, que PAULSSON introduz a ideia de que existe uma ordem processual arbitral, mas a sua fonte não se traduz nas convenções internacionais, nem é legitimada pelo exercício da atividade estadual. Introduce antes uma perspetiva realista¹⁴⁹, que obteve através da sua experiência de árbitro internacional. O autor entende que a principal distinção entre arbitragens internas e arbitragens internacionais consiste na possibilidade de estas últimas decorrerem em plena autonomia face aos tribunais estaduais¹⁵⁰.

Porém, o facto de as partes se regerem por regras de um regulamento de arbitragem resulta da possibilidade que lhes é conferida pela lei da sede para remeterem a condução do processo para tal regulamento, pelo que aquelas regras não são, afinal, um corolário da autonomia face à lei da sede.

Igualmente, têm surgido nas últimas décadas instrumentos transnacionais, que contêm diretivas relativas ao exercício do mandato de árbitro. Várias câmaras de comércio e associações de arbitragem, compilaram um conjunto de disposições tendo em conta as “melhores práticas internacionais¹⁵¹”. A *International Bar Association* também disponibiliza materiais com o objetivo de simplificar a condução da arbitragem internacional, no âmbito do estatuto dos árbitros, dos representantes de partes, da produção de prova, entre outras matérias¹⁵².

¹⁴⁹Em conformidade com a corrente jurídico-filosófica, desenvolvida por Herbert L. A. Hart (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Hart_ConceitoDireito.pdf); no seguimento do trabalho de Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, The Bramble Bush, Oceana Publications, 1930; Santi Romani, *L'Ordinamento Giuridico*, Mariotti, 1918.

¹⁵⁰Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, 2009.

¹⁵¹A introdução do Código Deontológico do Árbitro refere que compila um conjunto de disposições que servem como “um quadro de referência, elaborado a partir das melhores práticas internacionais”. Versão Final do projeto APA, disponível em <http://arbitragem.pt/projectos/cda/apa-codigo-deontologico-final.htm>

¹⁵²*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (2013) – Sobre a representação das partes na Arbitragem Internacional;

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) – Sobre os critérios para apreciação da existência de conflitos de interesse na arbitragem;

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010) – Sobre as regras mais utilizadas na arbitragem internacional na produção de prova;

Os referidos materiais constituem um útil complemento à Lei Modelo UNCITRAL, cobrindo matérias que são por ela deixadas à discricionariedade dos árbitros ou à convenção das partes. Com efeito, as partes detêm a possibilidade de remeterem o processo para aquelas normas, quer na arbitragem interna, quer na arbitragem internacional¹⁵³.

A sua formulação tem por base as práticas utilizadas na arbitragem internacional, que são consideradas mais favoráveis à boa condução do processo. É esta realidade que sucede na arbitragem internacional.

Em tudo o que não foi regulado pelas partes, o processo é formado a partir de instruções de centros de arbitragem, compostos por árbitros familiarizados com a arbitragem e as necessidades destas.

Oferecem soluções para partes com culturas jurídicas distintas, para processos cuja execução terá lugar em sítios diversos ou cujo ordenamento é desconhecido para o autor. Em suma, densificam a conduta dos árbitros, proporcionando-lhes soluções para a sua relação com as partes e com meios de tornar o processo mais expedito e de evitar a inutilidade da sentença.

Tais práticas, amplamente utilizadas e reiteradamente assumidas por centros de arbitragem por todo o mundo, permitem admitir que o costume arbitral está em consolidação¹⁵⁴:

“O problema está em que a legitimidade das “boas práticas” está dependente, ou de um assentimento generalizado, não apenas das entidades fornecedoras de bens ou serviços, mas também dos seus utentes, ou da sua fixação por entidades reguladoras verdadeiramente independentes. Estas condições sofrem, no entanto, frequentes desmentidos práticos, sendo muitos os sectores em que, apesar do controle da opinião pública e de entidades reguladoras, as más práticas prevalecem. A superação do

IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (2010) – Contendo indicações para a redacção de convenções de arbitragens adequadas à arbitragem internacional;
Ethics materials – Contendo esclarecimentos sobre a conduta que é esperada dos árbitros internacionais, em matéria ética.

¹⁵³ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 233ss..

¹⁵⁴ Neste sentido, Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2013, p. 576 ss..

legalismo parece que terá que ser obtida pela referência ao consenso implícito na norma de reconhecimento.¹⁵⁵”

“O costume tem sido definido pela doutrina como uma prática social reiterada, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade, isto é que o incumprimento do costume frustrou uma expectativa equiparável a um direito. Dada esta íntima imediação entre prática social e norma jurídica, difícil se torna não incluir o costume entre as fontes de direito.¹⁵⁶”

Embora o costume não represente uma fonte imediata de direito, segundo o elenco das mesmas contido no Código Civil, é de admitir que, traduzindo-se as mencionadas práticas em costume arbitral internacional, o mesmo é acolhido pela Ordem Jurídica Portuguesa.

Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, não admitindo a verificação de uma ordem jurídica autónoma da arbitragem transnacional, afirma existir um conjunto de “princípios integrados no direito transnacional da arbitragem¹⁵⁷.”

PAULSSON abandona a posição segundo a qual a arbitragem internacional é deslocalizada, por si sustentada na década de 1980, admitindo agora que a arbitragem internacional depende da aceitação dos Estados de tal forma de resolução de litígios, bem como das decisões nela proferidas¹⁵⁸.

No entanto, também admite que a ação de anulação não é um instrumento utilizado com frequência em arbitragem internacional pelas partes. No mesmo sentido, tem-se afirmado que a ação de anulação consiste num meio oneroso para as partes e para os Estados, significativamente ineficaz, particularmente em países cujo sistema judicial é moroso, e cujos resultados são habitualmente no sentido da manutenção da decisão recorrida¹⁵⁹. Prossequindo uma perspetiva realista, pode ser de admitir que se o decurso da arbitragem pode ser autónomo da lei da sede, também em sede de recurso se verifica autonomia da arbitragem relativamente a jurisdições nacionais.

¹⁵⁵ António Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, 2008, p. 265

¹⁵⁶ António Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, 2008, pp. 464ss..

¹⁵⁷ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, 2005, p. 467

¹⁵⁸ Jan Paulsson, "Arbitration in Three Dimensions", 2009, pp. 26ss..

¹⁵⁹ Neste sentido, António Menezes Cordeiro, Intervenção do VII Congresso de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa, Junho de 2013.

III. RESPOSTA ÀS QUESTÕES COLOCADAS EM I-2.:

Nota metodológica:

Previamente à tomada de posição sobre qual a perspetiva mais adequada ao correto preenchimento da *lexarbitri*, cumpre oferecer respostas às questões formuladas no início da dissertação. Deste modo, o problema abordado na presente dissertação está relacionado com aspetos concretos do processo arbitral, revestindo-se de maior relevância prática.

Com efeito, a resposta às mencionadas questões proporcionará um contacto entre a abordagem teórica e a prática, permitindo observar as consequências da opção por uma das perspetivas discutidas, de modo a melhor afirmarmos a nossa posição.

A. Pode o tribunal arbitral sediado em Portugal decidir sobre a recusa do árbitro presidente, sobre o qual o demandado suscite um incidente de recusa com fundamento no facto de o árbitro ser mulher, o que obsta à execução da decisão arbitral proferida por aquele tribunal num potencial lugar de execução?

Questão semelhante ocorreu no caso *Jivraj v. Haswani*¹⁶⁰, versando sobre discriminação dos árbitros. Discutia-se a divisão de bens em virtude da cessação de uma *joint venture* entre *Jivraj* e *Hashwani*. O contrato que continha a convenção de arbitragem estabelecia que os litígios resultantes da relação entre as partes deveriam ser dirimidos por um tribunal arbitral constituído por três árbitros, oriundos da comunidade ismaelita. A parte *Jivraj*, que iniciou a ação arbitral, opôs-se à nomeação de um árbitro ismaelita, alegando que o mesmo viola o artigo 3.º da Diretiva 2000/78/CE¹⁶¹, bem como o artigo 6.º do Regulamento do Reino Unido para a Igualdade no Emprego.

Do ponto de vista da utilidade da sentença, a inobservância da convenção de arbitragem em prevalência do princípio da igualdade originava o fundamento de

¹⁶⁰ *In Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4, 2011, p. 264

¹⁶¹ Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, publicada em Jornal Oficial nº L 303 de 02/12/2000, pp. 0016 – 0022 e disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pt:HTML>

anulação previsto na *Section 68 (2) c)* do *Arbitration Act*¹⁶² e o fundamento de recusa de reconhecimento previsto no artigo V (1) d) CNI. Por outro lado, a manutenção dos termos acordados na convenção, em prejuízo da igualdade no acesso aos cargos, vigente na Ordem Pública do Estado do Reino Unido, constituía fundamento de anulação da sentença junto dos tribunais britânicos ao abrigo da *Section 68 (2) g)* do *Arbitration Act*.

A decisão pronunciou-se no sentido da nomeação de árbitros ismaelitas, em conformidade com a convenção de arbitragem. Seguiu-se o entendimento de que o papel do árbitro não era abrangido por legislação ou regulação laboral, o que preteriu a aplicação dos diplomas invocados. No entanto, a proibição contida na Diretiva 2000/78 refere-se a discriminação negativa injustificada, entendendo-se que, no caso, existia discriminação positiva e justificada, em virtude das partes em causa, pelo que não se verificava desconformidade com a Ordem Pública no Estado da sede nem dos Estados do reconhecimento.

No caso que enunciamos, a dificuldade é, porém, mais flagrante: não estamos perante conflito entre o conteúdo da convenção de arbitragem e da lei da sede.

Confrontamo-nos antes com uma regra do ordenamento jurídico da sede, que impõe igualdade de tratamento entre homens e mulheres e, por outro lado com uma regra de ordem pública do ordenamento jurídico de um potencial lugar de reconhecimento, que não admite a exequibilidade de sentenças que hajam sido proferidas por mulheres.

A aplicação da lei da sede remete-nos para o capítulo II da LAV. Refere o artigo 10.º (3) LAV que “no caso de o tribunal arbitral ser composto por três ou mais árbitros, cada parte deve designar igual número de árbitros e os árbitros assim designados devem escolher outro árbitro, que atua como presidente do tribunal”: No caso oferecido, os árbitros nomeados pelas partes escolheram, sem a sua consulta, um árbitro presidente do sexo feminino, que uma das partes pretende excluir.

Segundo o artigo 13.º (1) LAV, impende sobre o árbitro presidente o dever de “revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”. Muito embora nos termos do artigo 13.º (3) LAV

¹⁶²Arbitration Act (1996), disponível para consulta em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

a falta de qualificações convencionadas pelas partes constitua fundamento de recusa do árbitro, que possibilita às partes a promoção do incidente de recusa ao abrigo do disposto nos artigos 14 e 15.º LAV, não é imposto ao árbitro o dever de revelar falhas de qualificação, experiência arbitral, conhecimentos de direito substantivo aplicável, deficiente formação científica para conhecer da matéria de facto ou incompatibilidades suas com o processo para o qual aceita o encargo e com a efetiva resolução do litígio. O incidente de recusa pode ser apresentado na forma escrita pela parte que suscita a incompatibilidade do árbitro com a possibilidade de *exequatur* no lugar de reconhecimento, devendo a parte expor os motivos da recusa ao tribunal arbitral num prazo de quinze dias após a data em que teve conhecimento de que o árbitro presidente era mulher.

Segundo o artigo 14.º (2) LAV, cumpre ao tribunal arbitral decidir sobre o pedido de recusa. No presente caso, importa apurar se é razoável fazer prevalecer o reconhecimento da sentença sobre o princípio da igualdade, previsto no art. 13.º (1) CRP, que impõe o igual tratamento de todos os cidadãos por parte das pessoas e organismos no território português. Isto é, será que a discriminação de género vigente num ordenamento estrangeiro, censurada no ordenamento jurídico português, vincula um tribunal arbitral sediado em Portugal?

Em última instância, a decisão caberia aos tribunais estaduais nos termos do artigo 14.º (3) LAV. Os tribunais estaduais fundamentariam a sua decisão no mesmo critério que seria seguido caso lhe incumbisse a designação dos árbitros, em conformidade com o artigo 10.º (6) LAV - na dificuldade acrescida de obtenção de uma sentença eficaz em arbitragem internacional, em que são conjugados critérios de reconhecimento que consideram quer a lei da sede, quer a lei do lugar de reconhecimento.

Assumindo-se uma perspetiva cumulativa, o tribunal arbitral decide pela recusa do árbitro, uma vez que terá em conta todas as disposições aplicáveis, e visando pela efetiva resolução do litígio, sempre optará pela solução menos permissiva.

No caso, verifica-se a sujeição à disposição que condiciona a qualidade dos árbitros a determinadas características. A solução é atingida porque o ordenamento da sede legitima o constrangimento do princípio da igualdade em detrimento do interesse de obter utilidade da sentença arbitral. É mais permissivo do que o ordenamento do lugar de reconhecimento, conferindo ao processo soluções adequadas à realidade da arbitragem internacional, admitindo que esta tem necessidades próprias.

De uma perspectiva cumulativa, haverá lugar à recusa do árbitro, na medida em que isso traduz a solução que melhor prossegue o reconhecimento. No entanto, se a lei da sede impuser que nenhum árbitro pode ser destituído em função do género e que o desrespeito daquela norma constitui fundamento de anulação da sentença, a mesma poderá ser considerada inválida na sede, embora conforme ao conceito de ordem pública do lugar do reconhecimento.

Por outro lado, a anulação da sentença na sede pode constituir um fundamento de recusa de reconhecimento no lugar de execução, nos termos do art. V (1) e) CNI. Deste modo, a perspectiva cumulativa não oferece uma solução segura.

Assumindo-se uma perspectiva territorialista, a solução do caso concreto obriga à apreciação da disposição da lei da sede.

Se estivéssemos no âmbito de uma lei de arbitragem que equipara os árbitros a funcionários judiciais do Estado, impondo igualdade de género, a decisão seria pela manutenção do árbitro. Em alternativa, no âmbito da LAV, bem como de outro instrumento normativo inspirado na Lei-Modelo, o tribunal decide pela recusa do árbitro.

A LAV providencia uma solução expedita para conflitos sobre a escolha dos árbitros, determinando que em caso de indeferimento do pedido de recusa há recurso imediato da decisão para os tribunais judiciais, não sendo possível suscitar o mesmo fundamento em recurso de anulação sobre a sentença final.

Na apreciação do recurso, parece-nos que o tribunal judicial deverá pautar-se por critérios idênticos àqueles assumidos quando são incumbidos de nomear árbitros em caso de desentendimento quando à constituição do tribunal – terão em conta as características dos árbitros e a adequação dos mesmos às necessidades da arbitragem.

Deste modo, a recusa do árbitro não fere a sentença, nem do ponto de vista do reconhecimento nem do ponto de vista da sua validade no lugar da sede.

De uma perspectiva transnacional, haveríamos de nos socorrer de preceito da DUDH que proíbe a discriminação de género ou da cláusula da Resolução da IBA sobre a discriminação na prática forense, de 13 de Setembro de 1998, no mesmo sentido da DUDH.

Igualmente, poder-nos-íamos socorrer de códigos deontológicos de centros de arbitragem, como o Código da APA ou das regras de ética para árbitros internacionais, com proveniência da IBA, que estabelecem o dever de diligência

dos árbitros após a aceitação do encargo, no sentido de procurarem a efetiva resolução dos litígios.

Constituindo uma atribuição própria dos árbitros ajuizarem da sua própria competência é lícito concluir que o juízo de eventual renúncia a eles deve caber.

Com efeito, “Acima de tudo, uma boa sentença deverá ser *enforceable* nas jurisdições em que se a sua execução provavelmente seja procurada¹⁶³”. E em verdade não aproveita nem ao autor nem ao réu que exista divergência quanto aos membros do tribunal arbitral. Tratando-se a arbitragem de um processo privado, parece-nos que a posição das partes deverá prevalecer sobre os interesses dos membros do tribunal.

Do exposto, resulta que a posição cumulativa não oferece uma solução segura e adequada, sendo que a posição transnacional oferece uma solução contundente com a solução oferecida pela posição territorialista. Em verdade, a posição transnacional apoia-se em princípios transnacionais, que são acolhidos pelos Estados, constituindo os alicerces do direito interno dos mesmos, incluindo da sua lei de arbitragem. Por outras palavras, a opção pelo modelo transnacional não constitui uma inovação de relevo em comparação com o resultado obtido pelo modelo territorialista.

B. Pode o tribunal admitir prova não admitida pela lei processual da sede¹⁶⁴?

Esta circunstância é apontada por aqueles que criticam a perspectiva territorialista como um exemplo de uma consequência negativa da aplicação das disposições da sede à arbitragem internacional.

Refere-se esta circunstância à inadequação das soluções nacionais para resolução dos problemas da arbitragem que tem lugar no espaço transnacional. É, neste contexto e, tendo em conta essa adequação, que surge a Lei Modelo das Nações Unidas.

Pretendia-se oferecer legislações de arbitragem menos rígidas, que melhor comportassem as preocupações das partes na arbitragem internacional, tais como

¹⁶³ José Miguel Júdece, “Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral”, 2013, p. 1397ss

¹⁶⁴ Questão colocada na decisão interlocutória CCI de 23/11/2004.

preocupações relativamente ao modelo probatório, que, na prática processual internacional revela muitas diferenças¹⁶⁵¹⁶⁶.

Exemplo do que se refere é a discricionariedade concedida ao tribunal arbitral para admitir, produzir e valorar prova no artigo 30.º (4) LAV. Contrariamente, na LAV86¹⁶⁷, a produção de prova restringia-se àquela que era admitida no processo civil nos tribunais judiciais portugueses.

Na decisão interlocutória de 23 de Novembro de 2004, num caso CCI, o tribunal não aplicou as regras processuais da sede, pois as partes haviam remetido o processo para as regras constantes no Regulamento CCI, que ofereciam um regime de produção de prova mais permissivo do que o regime da sede. Apreciou, portanto, livremente a prova. Porém, justificou a sua decisão invocando o princípio vigente na sede segundo o qual as partes devem demonstrar a pertinência dos meios de prova apresentados ao tribunal.

De acordo com a posição territorialista, num cenário em que a lei da sede não incorpora o regulamento de arbitragem, a prova não deveria ter sido aceite.

Por outro lado num cenário em que a lei da sede, a par da Lei-Modelo confere bastante liberdade ao tribunal quanto à admissibilidade e ao juízo de pertinência da prova, a mesma poderia ser admitida.

Numa posição cumulativa, prevalece a regra mais cautelosa, ou seja, aquela que restringe os meios probatórios.

Numa perspetiva transnacional, importa ter em conta as *IBA Guidelines on Taking Evidence*, as quais delimitam um conjunto de práticas adotadas em arbitragens internacionais, favoráveis à liberdade do tribunal na admissão, produção e valoração de prova e complementares de legislações que assim estabeleçam, como a Lei Modelo. Por outro lado, nos moldes em que descrevemos a posição transnacional, conforme enunciada por GAILLARD, isto é se o conteúdo da

¹⁶⁵ Ahmed S. El-Koshery e Mohamed S. Abdel Wahab, “Trends in Document Production in Egypt and the Arab World”, Yves Derains, “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint” e Robert H. Smith, “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint”, 2006, pp. 7-102

¹⁶⁶ “A prova em arbitragem: perspetiva de direito comparado”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 131-171

¹⁶⁷ Artigo 18.º (Provas)

1 - Pode ser produzida perante o tribunal arbitral qualquer prova admitida pela lei de processo civil.

2 - Quando a prova a produzir dependa da vontade de uma das partes ou de terceiro e estes recusem a necessária colaboração, pode a parte interessada, uma vez obtida autorização do tribunal arbitral, requerer ao tribunal judicial que a prova seja produzida perante ele, sendo os seus resultados àquele primeiro tribunal.

lex arbitri corresponder às disposições de direito transnacional, as *IBA Guidelines* não integram a referida posição, pelo que cumpre verificar se existe direito transnacional que versa sobre a matéria sobre a qual incide a questão processual.

A CNI e a CEDH impõem exclusivamente que sejam respeitados os princípios da igualdade de partes e do contraditório, de resto princípios de ordem pública.

No caso concreto, não se verifica qualquer incompatibilidade entre a lei da sede e o recurso ao referido conjunto de práticas adotadas em arbitragens internacionais. Em primeiro lugar porque apenas a lei da sede tem carácter normativo, constituindo as *IBA Guidelines* meras diretrizes que visam indicar aos árbitros um modelo de processo arbitral simultaneamente justo e eficiente.

Em segundo lugar, se as disposições da lei da sede abrangerem no seu objeto apenas as mínimas matérias necessárias, permitindo que o tribunal assuma a condução da arbitragem de forma discricionária, segundo critérios de necessidade e pertinência, valorizando a flexibilidade no processo arbitral, a lei da sede acolhe as *IBA Guidelines*, ao invés de as rejeitar.

Ou seja, a posição transnacional oferece soluções que não são necessariamente contraditórias com a lei da sede. Pelo contrário, os instrumentos de direito transnacional estão incluídos no direito interno da sede. Ou seja, a distinção entre as duas posições não se reporta ao conteúdo, mas à quantidade de matérias abrangidas por regulação arbitral expressa.

C. Pode um centro de arbitragem prosseguir um acordo das partes no sentido de o tribunal arbitral ser constituído por quatro árbitros?

Aquando da constituição do tribunal, o centro de arbitragem terá necessariamente em conta o conteúdo da convenção de arbitragem, em virtude do princípio da autonomia privada, princípio conformador do processo arbitral.

Um outro princípio que deve pautar a constituição do tribunal é a igualdade das partes, não se admitindo que na composição do tribunal a vontade de uma prevaleça sobre a outra¹⁶⁸.

A remissão da regulação da arbitragem para as normas do regulamento é realizada por convenção das partes e implica a aceitação de todas as suas disposições, como

¹⁶⁸ Afirmando que a igualdade das partes na composição do tribunal arbitral é princípio integrante da ordem pública - Lino Diamvutu, “A Constituição Do Tribunal Arbitral e as Dificuldades que Levanta”, p.3, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=E3QNouHWPmw%3D&tabid=331>.

parte integrante da convenção de arbitragem¹⁶⁹. Se o Regulamento de Arbitragem contiver uma limitação ao número de árbitros, à semelhança do artigo 5.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa¹⁷⁰, entendemos que a vontade das partes em ignorar tal regra constitui uma alteração superveniente à convenção de arbitragem, que, não perturbando o andamento do processo, deverá ser admitida¹⁷¹, ainda que as restantes disposições do regulamento se mantenham aplicáveis.

No entanto, independentemente do teor do Regulamento de Arbitragem, surge a dúvida quanto à possibilidade de o Regulamento prevalecer sobre a uma disposição rígida da lei da sede quanto ao número de árbitros (à semelhança do que sucede na LAV¹⁷²).

Sendo certo que a vigência de efeitos do regulamento de determinado centro de arbitragem é condicionada à sua aprovação pelo Governo, os regulamentos de centros de arbitragem estrangeiros, para os quais as partes remetem em arbitragem internacional, vigoram independentemente de aprovação pelo membro de Governo competente na sede.

Na referida circunstância, verifica-se um acordo das partes que contraria a disposição da sede, que não inclui a possibilidade de ser afastada, não se tratando, portanto, de norma dispositiva. No entanto, o acordo das partes, sendo expresso, entendendo o tribunal aplicá-lo, não constituirá uma fragilidade da sentença arbitral, pelas razões expostas no ponto II da presente dissertação. Nem o contrário seria de admitir, se tivermos em conta que os árbitros não são licenciados em direito, podendo, nos termos do seu estatuto, ser especialistas da área do saber relevante para o litígio ou qualquer outra que as partes julguem pertinente, sendo-lhes apenas exigida plena capacidade jurídica, segundo o art. 9.º LAV. Assim, de acordo com a posição transnacional, a natureza privada da arbitragem admite que

¹⁶⁹ Vide artigo 6.º Regulamento CCI; artigo 2.º do Regulamento Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (2014).

¹⁷⁰ Artigo 5.º (Número de árbitros)

1 – O tribunal arbitral pode ser constituído por árbitro único ou por três árbitros.

2 – Se as partes não tiverem acordado no número de árbitros, o tribunal arbitral será composto por árbitro único.

¹⁷¹ Nesse sentido, o artigo 4.º (1) LAV: A convenção de arbitragem pode ser modificada pelas partes até à aceitação do primeiro árbitro ou, com o acordo de todos os árbitros, até à prolação da sentença arbitral.

¹⁷² Artigo 8.º (Número de árbitros)

1 — O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar.

os árbitros fundamentem as suas ordens processuais em costumes aceites pela generalidade da comunidade arbitral.

É prática reiterada e comumente aceite que os tribunais arbitrais sejam constituídos por árbitro único ou por conjunto de árbitros em número ímpar. Este costume funda-se na exigência de celeridade que caracteriza a arbitragem.

Por outro lado, a vontade das partes é o elemento mais relevante na determinação das regras de processo.

Aliás, a CNI prevê como fundamento de recusa de reconhecimento a violação da convenção das partes quanto à condução do processo no seu artigo V (1) d), dando, nesta matéria, primazia à convenção das partes sobre o que é disposto na lei.

É procurando incrementar mais autonomia às partes e maior flexibilidade na conformação da arbitragem que surge o novo artigo 6.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial de Lisboa¹⁷³.

Numa perspetiva territorialista, é necessário apreciar se a disposição da lei da sede que impõe um número de árbitros ímpar tem carácter imperativo e quais as consequências da sua violação.

A LAV, por exemplo, refere que constitui fundamento de anulação a violação de uma norma imperativa em matéria de constituição do tribunal ou condução do processo¹⁷⁴. De facto, a norma do artigo 8.º LAV não é derogável.

No entanto, os fundamentos de anulação do artigo 46.º (3) a) fazem depender a sua procedência da invocação do mesmo por parte de uma das partes. Em primeiro lugar, cumpre apreciar se, no caso concreto, não estaríamos perante uma situação de manifesto abuso de direito, na invocação por uma das partes da nulidade da

¹⁷³ 2 – Se as partes não tiverem acordado no número de árbitros, o tribunal arbitral é constituído por árbitro único, exceto se, ouvidas as partes, e tendo em conta as características do litígio e a data de celebração da convenção de arbitragem, o Presidente do Centro determinar que o tribunal seja constituído por três árbitros.

Nota: Corresponde ao anterior artigo 5.º. É alterado o n.º 2 no sentido de conferir maior flexibilidade quanto à composição do tribunal arbitral nos casos em que as partes não tenham acordado no número de árbitros, precisamente porque essa flexibilidade materializa uma das vantagens da arbitragem institucional sobre a arbitragem ad hoc, permitindo, nestes casos, ouvidas as partes, adequar o número de árbitros em função das características concretas do litígio e as posição das partes sobre o tema. Entende-se que, nos casos em que as partes não tenham acordado no número de árbitros, a margem de apreciação conferida ao Presidente do Centro será suficiente e adequada para acautelar a eventual expectativa que uma parte (que tenha celebrado convenção de arbitragem entre Setembro de 2008 e Janeiro de 2014 sem fixar o número de árbitros) tenha depositado na norma supletiva do Regulamento de 2008 que previa que o tribunal fosse composto por árbitro único. Em todo o caso, acrescenta-se como fator específico de ponderação pelo Presidente do Centro precisamente a data de celebração da convenção de arbitragem, até porque a regra supletiva do regulamento de 1994, que vigou até 2008, era a de tribunal composto por três árbitros.

¹⁷⁴ Art. 46.º (3) a) iv) LAV

sentença em virtude de um fundamento de anulação estar preenchido por sua expressa determinação.

A fixação de um número ímpar de árbitros visa evitar impasses no momento de decidir o litígio, constituindo uma preocupação pelas partes e pela resolução do seu litígio¹⁷⁵. Entendemos que é segundo uma interpretação teleológica da norma da LAV que aferimos da violação da mesma para efeitos de verificação do fundamento de anulação contido no artigo 46.º, n.º 3, a) iv) ou para efeitos de recusa do reconhecimento no estrangeiro. Se as partes, ao derogarem o requisito legal do número de árbitros, estipularem um outro mecanismo para evitar impasses, como a concessão de voto de qualidade a um dos árbitros, não se vislumbram consequências adversas no processo arbitral, designadamente na finalidade da arbitragem.

Assim sendo, fica na disposição das partes derogarem essa disposição da sede quanto ao número de árbitros, desde que a composição do tribunal arbitral seja realizada em condições de igualdade.

Com efeito, a nomeação de número par de árbitros não inviabiliza por completo a natureza expedita da arbitragem. Tradicionalmente, nas sociedades comerciais os administradores eram nomeados em número ímpar, com a mesma finalidade de evitar impasses. No entanto, nos últimos anos o próprio código das sociedades comerciais acolheu a possibilidade da verificação de um número par de administradores¹⁷⁶.

Por outro lado, o artigo 46.º (3) a) iv) LAV detém a particularidade face à Lei-Modelo, na qual se baseia, de fazer depender a procedência da ação de anulação quanto ao fundamento de violação das regras da LAV da influência decisiva dessa violação na decisão, situação que dificilmente se verificaria neste caso, a decisão sido tomada por aquele conjunto de árbitros, independentemente de serem em número par.

Segundo uma perspetiva cumulativa, o número de árbitros será quatro, se tanto a lei do reconhecimento como a lei da sede o admitirem. Porém, basta que uma das leis

¹⁷⁵ No mesmo entendimento quanto à ratio da norma do art. 8.º (1) LAV, Jorge Morais Carvalho, “O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral”, 2011, p. 775; Mário Esteves de Oliveira (coord.), Lei da Arbitragem Voluntária, 2014 (comentário art. 8.º)

¹⁷⁶ Sobre a evolução da composição do Conselho de Administração em Portugal, Eduardo Lucas Coelho, “Reflexões epigramáticas sobre a nova governação de sociedades”, 2008, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72373

imponha que os árbitros sejam nomeados em número ímpar, para que não seja admitida a convenção das partes nesse sentido.

A situação apreciada não corresponde, contudo, ao objeto da presente dissertação, já que o problema da lei aplicável se coloca na falta de consenso quanto à mesma por parte das partes. A preocupação com a conformidade entre a convenção de arbitragem e a lei da sede visa apenas escrutinar a bondade da posição territorialista. Ora, pelo exposto, é possível concluir que a posição cumulativa não faz imperar a solução mais permissiva e conservadora da autonomia privada, a qual constitui a fonte da jurisdição do tribunal arbitral, contrariamente à posição territorialista quando aplicada à mesma situação. Assim, o exemplo não retira autoridade à posição territorialista, nem confere autoridade à posição cumulativa.

IV. POSIÇÃO ADOPTADA e CONCLUSÃO:

Após a exposição das vantagens e dos inconvenientes de cada uma das posições, cumpre determinar qual constitui o melhor modelo no que respeita à definição do conteúdo da *lexarbitri*, melhor guiando a conduta dos árbitros. A construção de tal modelo deverá reunir os seguintes pressupostos:

- i) Adequação às exigências e características próprias da arbitragem;
- ii) Coerência do modelo com os instrumentos reguladores em vigor;
- iii) Coerência com as boas práticas da arbitragem internacional e prossecução da maior utilidade da sentença arbitral.

i) Adequação às exigências e características próprias da arbitragem

Da perspetiva do andamento do processo, o territorialismo poderá ser desfavorável à celeridade, enquanto característica apontada à arbitragem, nas situações em que a excessiva natureza legalista das leis de arbitragem nacionais não é compatível com a natureza contratualista da arbitragem internacional. Tais situações verificam-se nos casos em que as leis nacionais são muito próximas das leis de processo civil, que se caracterizam por um acentuado grau de rigidez e densidade, deixando poucas matérias à discricionariedade das partes, sendo atribuído carácter imperativo à totalidade das disposições da lei de arbitragem, cuja violação é sancionada com a anulação da sentença.

Não obstante a natureza flexível da nova LAV, o Supremo Tribunal de Justiça¹⁷⁷ aplicou diretamente disposições do CPC, tendo entendido ser procedente uma ação de anulação de “decisão arbitral completamente omissa quanto aos factos não provados e à motivação da decisão de facto, quando seja impossível proceder à reapreciação da matéria de facto, por não constarem do processo todos os elementos probatórios, designadamente por terem sido inquiridas testemunhas e os depoimentos não terem sido gravados”, baseando-se na norma do art. 712.º, n.º 4, do CPC, que impõe a anulação de decisões judiciais de primeira instância quando não hajam sido devidamente fundamentadas.

¹⁷⁷ Acórdão de 12 de Novembro de 2013 (Processo 284/13.4YRPRT): <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/45de75dcb7cfec0880257c450058fe4a?OpenDocument&Highlight=0,arbitragem>

Entendemos assim que a verificação de tais situações é nefasta para a arbitragem, particularmente para a que decorre em ambiente transnacional, por lesar as expectativas das partes, dificultando a finalidade do litígio. No entanto, o carácter nefasto das mesmas não decorre do modelo territorial, nos moldes em que este foi exposto, mas do conteúdo excessivamente denso da *lexarbitri*.

A função adjetiva dos árbitros será tanto melhor executada quanto maior a discricionariade detida pelo tribunal para escolher as soluções mais adequadas ao caso, particularmente aquelas que, na falta de estipulação das partes, se poderiam retirar da sua vontade tácita.

No entanto, ainda da perspectiva da célere e eficaz tramitação da arbitragem, a posição cumulativa não oferece uma vantagem, quando comparada com o territorialismo. Não constitui um modelo adequado para a determinação da *lexarbitri*, conforme expressámos *supra*, na medida em que exige a consideração pelos árbitros de todas as leis em contacto com a arbitragem, o que se revela moroso.

O *transnacionalismo* tem em conta o conjunto de princípios que devem reger a arbitragem transnacional. No entanto, o referido conjunto de princípios não é suficientemente denso para regular as várias fases da arbitragem. Se uma lei de arbitragem muito densa e formalista é inimiga de uma tramitação eficaz da arbitragem, a ausência de lei também não oferece as soluções que tornam o processo arbitral num meio expedito de resolver litígios.

ii) Coerência com os instrumentos reguladores em vigor;

Uma particularidade das leis de arbitragem modernas, inspiradas pela Lei-Modelo, é o seu carácter minimalista. Pretende-se que, em nome da segurança jurídica, seja garantido às partes um “conjunto supletivo de regras, o início da arbitragem e a sua prossecução efetiva até o litígio ser resolvido¹⁷⁸”. A par do conjunto de regras de natureza supletiva, que visa acautelar o andamento regular do processo, as ordens jurídicas nacionais impõem que o processo de arbitragem seja pautado pelos princípios de ordem pública internacional, em matéria processual. É destes princípios que a arbitragem não pode prescindir.

¹⁷⁸ Parte II da 7ª Nota explicativa do Secretariado da UNICITRAL sobre a Lei Modelo, ponto 23. Constitui uma nota não oficial que sucede ao comentário preparado pelo Secretariado relativamente a versão anterior da Lei-Modelo, constante do Doc. A/CN.9/264.

Atualmente, as leis nacionais de arbitragem, incluindo a LAV, determinam que a arbitragem seja regida pela conjugação da lei da sede com a vontade das partes.

Entendemos que, a opção a tomar para resolvermos a questão proposta no início da dissertação, deve ser contundente com o disposto em instrumentos normativos existentes. Neste sentido, e pelas razões apontadas, a posição cumulativa não é de admitir. Cumpre então optar entre a posição territorialista e a posição transnacional.

Do ponto de vista dos instrumentos de regulação que têm aplicação à arbitragem, particularmente à arbitragem internacional, de todas as posições referidas, é a posição territorialista que oferece maior estabilidade às partes e ao tribunal.

É a posição territorialista que é expressa na maioria das leis nacionais de arbitragem. Com efeito, constitui fundamento de anulação o facto de os árbitros não respeitarem as disposições da lei nacional. Verificámos já que as consequências da violação daquelas são limitadas.

A preocupação de estabilidade na arbitragem internacional levou à criação da Lei-Modelo por parte da UNCITRAL, que, confrontando-se com a existência de leis de arbitragem nacionais muito diferentes, pretendeu conferir um certo grau de uniformidade ao processo de arbitragem internacional¹⁷⁹, criando um modelo de processo adequado, independentemente do lugar de realização da arbitragem e da cultura jurídica das partes e dos árbitros, baseando-se em princípios universalmente aceites.

A Lei-Modelo foi adotada por vários Estados, que incorporaram as soluções pensadas para a arbitragem internacional nas arbitragens realizadas no seu território. É o caso da LAV, em Portugal.

O transnacionalismo demonstra alguma coerência com as necessidades próprias da arbitragem internacional. Estamos em crer que o direito transnacional da arbitragem, embora não constitua um conjunto de normas em presença numa ordem jurídica com autonomia, não se verificando uma jurisdição arbitral, tem visibilidade em duas dimensões:

¹⁷⁹ Howard Holtzmann e Joseph Neuhaus, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 28

Por um lado, verifica-se a existência de instrumentos transnacionais, que têm origem na sua subscrição por parte dos Estados. Esses instrumentos deverão ser interpretados à sua própria luz¹⁸⁰. Cremos que, não obstante as limitações de tais instrumentos, perante critérios autónomos de interpretação, aqueles adquirem carácter de direito transnacional próprio. Designadamente, a ordem pública interna não é um critério a atender face ao elenco restrito de fundamentos que podem ser invocados para recusa de execução e de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

De facto, para efeitos do art. V (2) b) da CNI, bem como do art. 36.º (2) da Lei-Modelo e do art. 56.º LAV, é fundamento relevante de recusa de reconhecimento de decisões arbitrais a ordem pública internacional do Estado de reconhecimento. No entanto, os restantes fundamentos de recusa de reconhecimento da sentença arbitral devem ser interpretados à luz de princípios de ordem pública transnacional, ao invés da ordem pública interna ou internacional do próprio Estado¹⁸¹.

Designadamente, segundo a doutrina dominante¹⁸², os princípios do contraditório e da igualdade, devem ser interpretados à luz de princípios transnacionais, isto é, autonomamente do direito do Estado do foro.

Estes princípios têm natureza imperativa, quer porque os Estados os acolhem, quer porque a arbitragem ficaria descaracterizada se a eles não se atendesse.

Tais princípios constituem a ordem pública processual e traduzem um regime estático, inderrogável, cuja violação é punida pela nulidade da sentença arbitral.

Ou seja, na arbitragem internacional que decorre sob a égide da Convenção de Nova Iorque, os princípios que esta contém balizam a discricionariedade dos árbitros e a das partes, formando o conteúdo obrigatório da *lex arbitri*. A aplicação de tais princípios terá lugar independentemente de os mesmos terem correspondência na lei da sede.

Ainda que integrem a lei da sede os princípios do contraditório, da igualdade de partes ou um outro princípio que corresponda à ordem pública interna processual, a interpretação que deve prevalecer é aquela que é adotada para efeitos da Convenção de

¹⁸⁰ Albert Van den Berg, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, 1981, pp. 298ss.

¹⁸¹ Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado, Vol.III*, 2012, p. 570, p. 595;

¹⁸² Albert Van den Berg, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, 1981, pp. 298ss.

Nova Iorque, isto é correspondente à ordem pública internacional, e não a interpretação que é dada àqueles princípios no ordenamento jurídico interno.

Quando, por outro lado, a lei da sede não contiver os referidos princípios, em arbitragem internacional os mesmos deverão ter aplicação, sendo o poder dos árbitros balizado em função deles.

Os princípios transnacionais de ordem pública processual têm aplicação nas arbitragens internacionais e constituem direito autónomo do direito estadual. Serão sempre aplicáveis, ainda que a lei da sede não os contemple. No entanto, a sua existência não reproduz a ideia de que existe uma ordem jurídica transnacional, a qual corresponde ao conteúdo da *lexarbitri* na arbitragem internacional. A sua aplicação em todos os casos relaciona-se com o facto de aqueles princípios serem essenciais à natureza jurisdicional da arbitragem, a qual é incompatível com um processo que não seja pautado por princípios de justiça processual.

Por outras palavras, os princípios que traduzem a ordem pública processual, que será sempre aplicável à arbitragem internacional, constituem meros limites à liberdade do tribunal e das partes na condução do processo. Isto é, não constituem um instrumento suficientemente denso para preencher *alexarbitri*, oferecendo-se ao tribunal um conjunto de disposições com as quais as partes podem contar e que permitem um processo expedito e estável.

A necessidade de um processo expedito e estável é particularmente relevante em Portugal, na medida em que se tem verificado que “Portugal é o único país do mundo em que há mais arbitragens *ad hoc* do que arbitragens institucionais”¹⁸³.

Por outro lado, parece verificar-se um conjunto de práticas que, independentemente de serem acolhidas pelos Estados, constituem instrumentos reguladores da arbitragem internacional. Referimo-nos às práticas que correspondem a costume internacional¹⁸⁴. No entanto, as referidas práticas, que se tornaram práticas reiteradas, densificando-se

¹⁸³ Declarações do Presidente do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa ao Expresso de 18-01-2014.

¹⁸⁴ Designadamente as práticas consolidadas nas *Guidelines for Arbitrators* da autoria da *International Bar Association*, disponíveis em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx; ou as práticas contidas no Apêndice IV ao Regulamento de Arbitragem da CCI, sob a epígrafe "Técnicas para a Condução do Procedimento".

econsolidando-se como normas costumeiras, verificam-se tanto na arbitragem interna como na arbitragem internacional.

Pelo exposto, negamos a existência de uma ordem jurídica autónoma arbitral. Há e haverá sempre dependência dos tribunais estaduais e sujeição aos mesmos, assim como as legislações nacionais do lugar em que o mandato dos árbitros se situe será atendido por eles.

iii) Prossecução da utilidade da sentença arbitral

Conforme se tornou habitual referir, a arbitragem é contratual na origem, jurisdicional nos efeitos e tem natureza privada¹⁸⁵. Isto é, está na convenção das partes a origem da legitimidade do tribunal arbitral, mas o seu resultado terá eficácia idêntica a uma sentença judicial, formando caso julgado.

O controlo das decisões dos tribunais arbitrais verifica-se a dois títulos: Pelos tribunais da sede, que realizam o controlo dos aspetos processuais da decisão; Pelos tribunais do lugar de reconhecimento, que verificam se a sentença é válida ao abrigo da lei processual da sede, da convenção das partes e se é compatível com a ordem pública transnacional do lugar de reconhecimento.

Ou seja, verifica-se um paradoxo na arbitragem internacional: por um lado, consiste numa realidade que se desenvolve autonomamente da justiça estadual, criando inclusive costumes processuais autónomos, que se vieram a consolidar na arbitragem interna. Por outro lado, a eficácia executiva ao seu resultado, depende de ser reconhecida a validade da arbitragem através de atos dos tribunais judiciais¹⁸⁶¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Francisco Cortez, "A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)", in *O Direito*, IV, Lisboa, 1992 (Outubro-Dezembro), p. 555.

¹⁸⁶ "os tribunais estaduais podem existir sem a arbitragem, mas a arbitragem não pode existir sem os tribunais estaduais" - Nigel Blackaby [et al], *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2009, p. 440; Na versão original: "State courts could exist without arbitration, but arbitration could not exist without State courts."

¹⁸⁷ Segundo o sistema português, o reconhecimento de sentenças estrangeiras é dependente de homologação por parte dos tribunais judiciais. Até haver homologação da sentença, ela constitui mero facto jurídica, que não produz plenamente os seus efeitos em território nacional. Para uma explicação do regime de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras: Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado - vol III*, 2012, pp. 559 ss.; José Miguel Júdice e António Pinto Monteiro, "Do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-03-2009", 2010, pp. 146ss

Da afirmação resulta que a estabilidade no processo arbitral carece da efetiva resolução do litígio, obtendo-se a finalidade do mesmo e o reconhecimento de tal resolução por parte dos tribunais judiciais do lugar de reconhecimento.

Da referida dualidade, podem decorrer duas situações indesejáveis, que expomos socorrendo-nos da metáfora utilizada por JAN PAULSSON¹⁸⁸, que equipara uma decisão arbitral internacional a um navio. A utilidade da mesma depende da sua capacidade de partir do *porto* onde inicialmente foi proferida (a sede) e *atracar* em todos os *portos*, onde deva ser executada (lugares de reconhecimento):

A) a sentença parte, mas não atraca em todos os portos, ficando à deriva;

B) a sentença não chega a partir, ainda que fosse adequada a atracar no porto de destino.

No primeiro caso, estamos perante uma decisão que não pode ser reconhecida em algum lugar potencial de execução, embora seja válida nos termos da ordem jurídica do lugar em que foi proferida. Esta situação sucede, designadamente, no exemplo A apresentados *supra*. A sentença é proferida em Portugal, de acordo com a lei de arbitragem portuguesa, mas, no lugar de reconhecimento é recusado o seu reconhecimento por ser contrário à ordem pública do lugar de reconhecimento executar decisão proferida por uma mulher.

Contudo, parece-nos uma situação mais favorável do que a situação em que uma decisão é pronunciada sem que tenha sido observada certa disposição da lei de arbitragem da sede, o que a torna anulável face à lei do lugar em que teve origem. É que sendo esse o caso, segundo o artigo V (1) e) da CNI, para além de a decisão não ser passível de execução no lugar onde foi proferida, verifica-se igualmente fundamento de recusa da execução da decisão no lugar de reconhecimento.

É portanto, preferível observar a lei da sede.

¹⁸⁸ Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: Award detached from the law of its country of origin”, 1981, p. 375

O conteúdo da *lexarbitri* –segundo a posição territorialista:

Na definição de *lexarbitri* adotada, esta constitui o conjunto de regras que define a condução da arbitragem internacional nas matérias relativamente às quais a convenção de arbitragem é omissa¹⁸⁹. O seu conteúdo é definido parcialmente por cada Estado, revestindo-se de um conteúdo obrigatório, e de outro facultativo, respetivamente regras imperativas e supletivas.

A lei da arbitragem internacional deve reduzir-se ao menor grau possível de regulação, pois o seu papel deve ser apenas conferir apoio, segurança e estabilidade à arbitragem internacional¹⁹⁰.

Aquele conteúdo obrigatório ou imperativo detém fonte nacional, traduzindo-se nas disposições da lei da sede que prosseguem o controlo da função arbitral por parte dos tribunais estaduais. Ou seja, inclui os fundamentos de anulação da sede, bem como aquelas normas cuja violação preenche sempre um fundamento de anulação da decisão proferida, independentemente de necessidade de arguição pelas partes daquele fundamento.

Defendemos que as disposições que fixam tal conteúdo encontram-se na lei da sede, por duas ordens de razões:

Em primeiro lugar, a apreciação da ação de anulação será realizada pelos tribunais da sede, sendo a sua lei aquela que mais habilita a apreciação do processo por parte dos juízes nacionais, por muitas vezes ser a única por eles conhecida.

O conteúdo obrigatório da *lexarbitri* será também preenchido, de modo complementar a lei da sede, por elementos de direito transnacional. Isto é, em arbitragem internacional, a par dos critérios de controlo da decisão contidos na lei da sede, é integrada no conteúdo obrigatório da *lexarbitri* a ordem pública transnacional.

O que se refere no parágrafo anterior consiste numa decorrência do disposto no artigo V da CNI, particularmente nas alíneas b) e d) do seu n.º 1, que se referem respetivamente à violação de princípios de processo justo e à violação da autonomia privada, enquanto

¹⁸⁹Nigel Blackaby [et al], *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2009, p. 175

¹⁹⁰Cf. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, pp. 1751ss (afirmando que é desejável a total vinculação ao acordo das partes, sendo o seu único limite as regras imperativas aplicáveis, designadamente os princípios do processo equitativo. Concordamos manifestamente com esta afirmação.)

fundamentos autónomos de direito nacional de recusa do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Não obstante, o disposto na CNI não deixa de constituir direito interno.

Em segundo lugar, importa esclarecer que uma arbitragem que decorre ao abrigo do modelo territorialista não corresponde necessariamente a uma arbitragem rígida e legalista, pois não fica comprometida a possibilidade de escolha da sede pelas partes ou pelos árbitros, admitindo-se que a figura da sede surge de um critério convencional, pelo que as partes poderão sedear a arbitragem no local cujos fundamentos de anulação forem menos restritivos à utilidade da sentença, mas ainda assim ofereçam garantias de respeito pela justiça processual.

Embora a fonte primária de regulação na arbitragem internacional seja a vontade das partes, o decurso da arbitragem internacional obedece a um conjunto de disposições legais contidas em instrumentos nacionais, que, a par da autonomia privada, regem a arbitragem.

Tem-se discutido na doutrina internacional quais os limites à autonomia das partes na conformação do processo arbitral e na escolha da lei aplicável ao mesmo e do grau de discricionariedade dos árbitros para decidirem sobre aspetos processuais da arbitragem¹⁹¹¹⁹². Entendemos que as partes são limitadas pelas disposições imperativas da lei da sede e que os árbitros estão sujeitos a uma dupla limitação – por um lado as disposições imperativas da sede, por outro a convenção das partes.

Ora, a posição territorialista não deixa de ser adequada do ponto de vista da natureza privada da arbitragem e da sua origem contratual, na medida em que as partes, e os árbitros, na falta de estipulação das partes, são livres de determinarem a sede da arbitragem, escolhendo, então, sujeitarem-se ao controlo da sentença existente na sede. Ou seja, é-lhes admitida a escolha de um lugar no qual os meios de impugnação da sentença são inexistentes, como a escolha de um lugar no qual vigoram outros meios de impugnação, para além do recurso de anulação.

¹⁹¹ António Pinto Monteiro, Da Ordem Pública no Processo Arbitral, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, 2013, pp. 589 - 673

¹⁹²Guiditta Cordero Moss, *International commercial arbitration: party autonomy and mandatory rules*, 1999; Howard Holtzmann e Joseph Neuhaus, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989 (Comentário ao art. 19.º)

No que respeita ao decurso da arbitragem, quando a lei é omissa relativamente a certa matéria, o tribunal tem discricionariedade para conduzir o processo arbitral do modo que julgar apropriado, face ao caso concreto. Exemplo do referido é a expressa fixação de poderes discricionários do tribunal em matéria probatória, podendo decidir livremente sobre “a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida”, de acordo com o art. 19.º Lei-Modelo¹⁹³. Do mesmo modo, as partes podem convencionar a solução processual, dentro dos limites da Ordem Pública, ficando os árbitros a ela vinculada.

A lei da sede será mais adequada à arbitragem internacional, quanto mais reconhecer as particularidades próprias da mesma. A título de exemplo, a LAV contém regras específicas da arbitragem internacional, que se inspiraram em princípios oriundos de arbitragens internacionais.

Designadamente, o art. 50.º LAV determina que nas arbitragens internacionais em que os Estados são partes, estes não podem opor exceções baseadas no seu direito interno¹⁹⁴; Na ausência de consenso sobre a nomeação dos árbitros aquando da constituição do tribunal, refere o art.º 10.º (6) LAV que deve ser tida em conta a natureza da arbitragem e, tratando-se de arbitragem internacional, o requisito de neutralidade poderá ser dispensado ou reforçado, se for adequado ao caso nomear árbitro de determinada nacionalidade.

A finalidade do processo será mais provavelmente obtida quanto maior a clareza quanto ao papel dos árbitros na condução do processo. A existência de um conjunto de regras que reúne soluções testadas, as quais contribuem para a finalidade do litígio é de extrema importância para a estabilidade da arbitragem.

É neste sentido que a lei da sede, redigida de acordo com a Lei-Modelo, desempenha um papel imprescindível. A finalidade dos litígios e a segurança jurídica das partes não se bastam com a reunião de um conjunto de princípios transnacionais a par de um conjunto de costumes habitualmente usados.

Deste modo, a lei da sede deve ser observada, não porque a origem dos poderes do tribunal arbitral decorre do Estado, conforme refere FRANCIS MANN, mas por ser o

¹⁹³ E da disposição correspondente do art. 30.º (4) LAV.

¹⁹⁴ Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995) -Arbitragem CCI n.º 6162

modo de melhor assegurar a finalidade do processo e as garantias processuais das partes¹⁹⁵.

¹⁹⁵Neste sentido, o acórdão da Relação de Lisboa de 12-12-2013 (Processo: 240/13.2YHLSB.L1-8) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e7325ffaf4de12380257c6100323aa1?OpenDocument&Highlight=0,arbitragem>

Bibliografia

Bibliografia lusófona:

1. AAVV, *Lei da Arbitragem Voluntária – Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012
2. ALFAIATE, Filipe, “A prova em arbitragem: perspetiva de direito comparado”, *in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 131-171
3. ALVES, Laerte Meyer de Castro, *Princípios Gerais do Processo Arbitral Internacional*, 2005 (Tese de Mestrado FDUNL - não publicada)
4. BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2013
5. -----, “A prova no processo arbitral em direito português” *in Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 8, n.º 28, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187-212
6. BOUSQUET, Joana Blone, *Processo arbitral: sede da arbitragem*, 2007 (Tese de Mestrado FDUNL - não publicada)
7. BRITO, Maria Helena, "Arbitragem Internacional - A propósito da nova lei de arbitragem voluntária" *in Themis*, Ano XII, n.º 22/23, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 103-144
8. CAETANO, Marcelo – *Direito Constitucional, Direito Comparado, Teoria Geral do Estado e da Constituição – Vol. I (As Constituições do Brasil)*, 1977
9. CAMELO, António Sampaio, “Decisões interlocutórias e parciais no processo arbitral: seu objeto e regime” *in Themis*, Ano 9, n.º 16, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 279-317
10. COELHO, Eduardo Lucas Coelho, “Reflexões epigramáticas sobre a nova governação de sociedades” *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, Vol. I, 2008
11. COELHO, Maria Cristina Pimenta, “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 Relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, *in Revista Jurídica*, n.º 20, AAFDL, 1996, pp. 37-71

12. CORDEIRO, António Menezes, “Decisões Arbitrais Internacionais e sua Revisão” in *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2011
13. CORTEZ, Francisco, "A arbitragem voluntária em Portugal: dos «ricos homens» aos tribunais privados (conclusão)", in *O Direito*, Ano 124, n.º IV, Lisboa, 1992, pp. 365ss.
14. CREMASCO, Suzana Santi, “A Responsabilidade Pelo Exercício Da Função Jurisdicional Do Árbitro”, disponível em <http://cremascoeler.com/admin/pdf/1350932383.pdf>
15. DIAMVUTU, Lino, “A Constituição Do Tribunal Arbitral e as Dificuldades que Levanta”, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=E3QNouHWPmw%3D&tabid=331>
16. GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007
17. GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ªed., Almedina, Coimbra, 2014
18. GOUVEIA, Mariana França e CRISTAS, Assunção, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais, Anotação ao Acórdão do STJ de 10.7.2008 - Proc. N.º 08A1698”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 41-56
19. -----, “O dever de independência do árbitro de parte” in *Themis*, Ano 9, n.º 16, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 319-326
20. HESPANHA, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008
21. JÚDICE, José Miguel, “Reflexiones sobre la construcción de una buena sentencia arbitral” in *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades y Yves Derains*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013
22. JÚDICE, José Miguel e MONTEIRO, António Pinto, "Do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-03-2009",

- in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano III, Almedina, 2010, pp. 146ss.
23. LOURENÇO, Neuza, *A aplicação em Portugal do artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958*, 2010 (Tese de Mestrado FDUNL não publicada)
 24. MESQUITA, Manuel Henrique, “Arbitragem. Competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, in: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 1387
 25. MONTEIRO, António Pinto, “Da Ordem Pública no Processo Arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 589 – 673
 26. PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado - Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2012
 27. -----, *Direito Internacional Privado -Direito de Conflitos (Parte Especial)*, Vol. II, 3ª ed. Coimbra, Almedina, 2009
 28. -----, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 2ª ed., 2008,
 29. -----, *Arbitragem Transnacional - Determinação do Estatuto de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005
 30. -----, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, Almedina, 2005
 31. -----, "Apontamento Sobre a Impugnação da Decisão Arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. III, 2007
 32. OLIVEIRA, Mário Esteves de (coord.), *Lei de Arbitragem Voluntária*, Coimbra, Almedina, 2014
 33. RAPOSO, Mário , “Temas de arbitragem comercial”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. I, 2006, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=47773&ida=47824
 34. SILVA, Manuel Botelho da, *Arbitragem Voluntária - A Hipótese da Relatividade da Posição do Árbitro Perante o Direito de Conflitos de Fonte Estatal*, Coimbra, Almedina, 2004
 35. RAMOS, Rui Moura, "A Arbitragem Internacional no Novo Direito Português da Arbitragem" in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de*

Coimbra, Vol. LXXXVIII 129, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 583-603

Bibliografia internacional

1. BAUM, Axel H., "International Arbitration: The Path toward Uniform Procedures", in *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, p.51
2. BERG, Albert Jan Van den, "Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?" in *The Art of Arbitration – Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Países Baixos, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, pp. 39-49
3. -----, *The New York arbitration convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, Kluwer, 1981
4. BERMANN, George e MISTELIS, Loukas, *Mandatory rules in international arbitration*, JurisNet, 2011
5. BERNINI, Giorgio, "Seminar LLM Loyola Law School – International Arbitration: a contemporary perspective", Bolonha, 2008, disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12641363465510/bernini_loyola_law_school.pdf
6. BLACKABY, Nigel [et al], *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 313-362
7. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, "Major Criteria for international arbitrators in shaping an efficient procedure" in *Arbitration in the Next Decade – Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1999
8. -----, "Perspectives of Future Development in International Arbitration" in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Newman and Hill, ed., 2008, pp. 821 ss.
9. -----, "Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration" in *Arbitration International*, Vol. 25, n.º 3, LCIA, 2009, pp. 293-303
10. BORN, Gary, *International arbitration : law and practice*, Kluwer Law International, 2012
11. -----, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009

12. BREKOULAKIS, Stavros, “Law Applicable to Arbitrability” in *Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 99-113
13. CRAIG, Laurence, PARK, William e PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^a ed., Oceana Publications Inc., 1998
14. DERAINS, Yves, “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A Continental Viewpoint” in *Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin: Document Production in International Arbitration*, 2006, p.83
15. EL-KOSHERI, Ahmed S. e WAHAB, Mohamed S. A., “Trends in Document Production in Egypt and the Arab World” in *Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin: Document Production in International Arbitration*, 2006, p.7
16. GAILLARD, Emmanuel, *Aspects Philosophiques du Droit de l'ArbitrageInternacional*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008
17. -----, “Three Philosophies of International Arbitration in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation” – *The Fordham Papers 2009*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p. 305-310
18. GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold e SAVAGE, John, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999
19. GOLDMAN, Berthold, “Les Conflits de Lois dansl’Arbitrage International de DroitPrivé”, in *Recueil des Cours*, n° 109, 1963, pp. 380 ss.
20. GOODE, Roy, “The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, Vol. 17, n.º1, LCIA, 2001, pp. 19-40
21. HOLTZMANN, Howard e NEUHAUS, Joseph, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration:Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer Boston, 1989
22. JANICIJEVIC, Dejan, “Delocalization in International Commercial Arbitration” in *Law and Politics*, Vol. III, n.º1, 2005, pp. 63-71

23. LALIVE, Pierre, “Transnational (or Truly International) Public Policy” in *Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, P. Sanders ed., 1987, p. 293
24. MANN, Francis, “LexFacitArbitrum”, in *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, P. Sanders ed., The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1967
25. MISTELIS, Loukas, “ Is Arbitrability a National or an International Issue?” in *Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 9-15
26. MOSES, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2^aed., Cambridge University Press, 2012
27. MOSS, Guiditta Cordero, *International commercial arbitration: party autonomy and mandatory rules*, TanoAschehoug, 1999
28. MOTULSKI, Henry, *Écrits- Études et notes surl’arbitrage*, Vol. III, 1974
29. PARK, William, “Procedural Default Rules Revisited” in *Arbitration Insights – Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, LoukasMistelis ed., 2007, pp. 360-366
30. -----, *Arbitration International*, Vol. 23, n.º3, LCIA, 2007, 499-504
31. -----, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration” in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, Jan, 1983, pp.21-52
32. PAULSSON, Jan, “Arbitration in Three Dimensions” in *LSE working papers*, 2009, disponível em: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf
33. -----, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters” in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, Jan, 1983, pp.53-61
34. -----, “Arbitration Unbound, Award detached from the law of its origin” in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, pp. 373 ss.
35. PAULSSON, Jan e RAWDING, Nigel, “The Trouble with Confidentiality” in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 5, n.º1, 1994, p.48

36. PETROCHILLOS, Giorgios, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004
37. POUDRET, Jean e BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Schulthess, 2007
38. RODRÍGUEZ VARGAS, Maribel, “Los privilegios probatorios en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación” in *Spain Arbitration Review*, n.º15/2012, pp. 79-102
39. SMITH, Robert, “Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint” in *Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin: Document Production in International Arbitration*, 2006, p.93
40. VEEDER, “Is there a need to revise de NY Convention?”, 2008, disponible en: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773755795520/veeder_is_there_a_need_to_revise_the_new_york_convention_2010.pdf
41. WAINCYMER, Jeff, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012

Declaração anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações efetuadas estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 14 de Maio de 2014